Deut

Priscianensis

A. germ.

141 2

(7,1

<36629978750013 S

<36629978750013

Bayer. Staatsbibliothek

Hamburgisches

Privatrecht.

Siebenter Theil

welcher

den ersten Band der Erläuterung

der hamburgischen

Falliten-Ordnung

enthält.

Von

Theodor Hasche

B. R. Dr.

Hamburg 1797.

Bey Benjamin Gottlieb Hoffmann.

BIBLIOTHECA
TVGIA
DOMINICENSIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Erläuterung

der hamburgischen

Falliten-Ordnung.

Von

Theodor Hasche

B. R. Dr.

Erster Theil.

Hamburg, 1797.

Bey Benjamin Gottlieb Hoffmann.

Vorrede.

In dem Vorbericht zum 5ten Theil meiner Erläuterung des Hamburgischen Privatrechts, habe ich erwähnt, wie verschiedne der hiesigen Herren Graduirten, gütigst versprochen hätten, sich mit der Fortsetzung dieses Werks, da mir solche durch meine itzige Lage unmöglich gemacht werde, zu bemühen.

Von mehrern derselben ist nun freilich diese Zusage, nach Ablauf einiger Jahre, zurückgenommen worden. — Dagegen aber kann ich itzt dem Publico, mit innigem Vergnügen, anzeigen, daß nicht nur aufs neue drey würdige hiesige Herren Graduirte sich verbunden haben, die von mir noch nicht erläuterten Titel; des 1sten Theils des Statuts, welche den Proceß betreffen, unter dem Titel des 6ten Theils zu bearbeiten, und daß ein andrer hiesiger schätzbarer Graduirter bereits eine Erläuterung der, die Contracte betreffenden, tit. 1 bis 6 und 8 bis 12 Partis II. Stat. beynah bis zum Abdruck als 8ter Theil ausgearbeitet hat, sondern daß auch sogar der hiesige, durch seine Kenntnisse rühmlichst bekannte, und mit Recht allgemein geschätzte Herr Doctor Theodor Hasche, schon wirklich den Anfang seiner mit besondern

sonderm Fleisse ausgearbeiteten Erläuterung der Hamburgischen neusten Falliten-Ordnung von 1753 auf nachstehenden Bögen habe abdrucken lassen.

Je wichtiger diese Verordnung für Einheimische sowol als Auswärtige ist, je willkommner muß die auf deren Erläuterung angewandte Bemühung, nicht bloß denjenigen seyn, welchem einer Erläuterung des Hamburgischen Statuts, (mit welcher der Herr Doctor Hasche seine Arbeit, durch Beyfügung eines gedoppelten Titels als den 7ten Theil zu verbinden die Geneigtheit gehabt,) die Ehre angethan haben, eine Fortsetzung derselben zu wünschen; sondern auch überhaupt jedem hiesigen sowol als auswärtigen Kaufmann.

Ueberzeugt, daß die Leser sogleich selbst die in diesem Werke enthaltenen Beweise des nicht zu ermüdenden Fleißes des Herrn Verfassers, die Vollständigkeit der Arbeit, namentlich in Ansehung der nach der Publication jener Ordnung zu deren Ergänzung und nähern Bestimmung erlassenen neuern Beschlüsse, bemerken werden; und besorgt, daß ich der Bescheidenheit des Herrn Verfassers, zu nahe treten würde, enthalte ich mich aller verdienten Lobeserhebungen, und begnüge mich bloß damit, hieselbst den Inhalt des vorliegenden und des noch zu erwartenden Bandes kürzlich anzuführen.

Der

Der erste Band handelt nemlich
1) von dem bevorstehenden Concurse,
2) von der Eröfnung des Concurses,
3) von den bey dem Concurse geschäftigen Personen,
4) von der Wirkung des Concurses, und den Verhältnissen der Gläubiger und des Schuldners,
5) von der Constituirung der Masse,
a) von dem Proclame und dem mandato arrestatorio.

Im zweyten Bande, wird diese letzte Materie fortgesetzt und gehandelt werden,
b) von der Rechtfertigung der Gläubiger,
c) von der Absonderung der nicht zur Masse gehörigen Güter, von dem Vindication- Separation- Compensation- und Retention-Rechte,
d) von den zur Masse gehörigen Gütern; besonders von der Verhaftung der Ehefrau 1) wegen der Gütergemeinschaft, 2) aus besondrer Ursache,
e) von dem Verkaufe einer Masse an einen dritten (Addit. Art. 3.)
6) von der verschuldeten Erbschaft, (Art. 38. u. f. der F. O.)
7) von dem Accorde und der Austheilung der Masse,
8) von dem Concurs-Processe, und der Collocirung der Gläubiger,

9) von der Beendigung des Concurses,
10) von dem Nachmahnungs-Rechte,
11) von der Behandlung des Falliten nach geendigtem Concurse.
12) von den sogenannten Diehlen Concursen, und den Concursen in den Hamb. Ländereien (Art. 109.)

Da der Herr Verfasser der Ordnung der Artikel folgt, so haben die in dem ersten Bande angezeigten Materien, darinn nicht völlig erschöpft werden können, sondern es hat noch manches specielle, was die fernern Artikel darüber enthalten, bis zum zweyten Bande verschoben bleiben müssen.

Der Himmel schenke dem Herrn Verfasser die zur baldigen Beendigung desselben erforderliche Gesundheit! — mir aber wünsche ich soviel Zeit erübrigen zu können, nach meinem längst gehegten Vorsatz, durch Verfertigung eines ausführlichen Registers über die sämmtlichen Theile der Erläuterung des Hamburgischen Privatrechts, deren Gebrauch zu erleichtern.

Hamburg, 1797. April.

C. D. Anderson, Dr.
und Secretarius der Kayf. freyen Reichsstadt Hamburg.

Einleitung.

Die Kenntniß des Falliten-Rechtes ist nach meiner Ueberzeugung, eine der wichtigsten Angelegenheiten nicht nur des Rechtsgelehrten, sondern auch des Kaufmannes unserer Stadt; weil die persöhnliche Wirksamkeit des Letzteren, bey Concursen mehr wie in andern Rechtsgeschäften erfordert wird. Indem ich die Erläuterung des Falliten-Rechtes zu meinem Geschäfte mache, bin ich mir zwar bewußt, eine große Zahl fähiger Beurtheiler anzutreffen, weil wir viele, in dem vorstehenden Rechte unterrichtete Kaufleute haben. Allein da ich meinen Wunsch, dem Publico nützlich zu werden, nicht mit etwas Leichtem befriedigen kann, so hat mir jener Umstand nur noch mehr Muth zu dem Werke gemacht. Möge es eine wohlwollende Aufnahme finden.

Es sind zwey Gegenstände womit sich die Erläuterung des Falliten-Rechtes beschäftigen muß; einmal die Erklärung des Verstandes der Gesetze, und zweytens die Prüfung derselben nach dem Zwecke den sie haben sollen. — Das Letztere ist ein nothwendiges Stück bey der Erläuterung, weil ohne die Prüfung der Geist der Gesetze nicht begriffen, und folglich weder eine richtige

Würdigung noch eine richtige Anwendung derselben gemacht werden kann. Der allgemeine Zweck der hamburgischen Falliten-Ordnung ist die Berichtigung eines durch die Handlung zerrütteten Creditwesens. Hierauf beziehen sich die meisten Anordnungen allein, und die übrigen sind mit beständiger Hinsicht auf diesen Zweck eingerichtet. Also muß der, der über die hamburgischen Rechte urtheilen will, erst diesen Gesichtspunct fassen, ehe er abspricht. Dann aber wird es auch erlaubt seyn, die Meynung gerade heraus zu sagen, und zu tadeln was dem Prüfenden Tadel zu verdienen scheint. Ein Recht welches bey der Gesetzgebung vorzüglich jedem im Publico zusteht. Und welches, wenn der Beurtheiler nur redlich zu Werke geht, ohne Zweifel den Nutzen hat: einmal, daß mehrere über Verbesserung der Gesetze nachdenken, und wenn endlich die gelegene Zeit kömmt, da eine Aenderung der Gesetze vorgenommen wird, daß diese eine wirkliche Verbesserung werde, weil die Sache nun durch ein länger gereiftes Nachdenken leichter wird. Ferner, daß durch den Tadel auf der einen Seite, das Gute der Gesetze auf der andern Seite noch mehr gehoben und erkannt wird.

So weit die Rechenschaft die ich dem Publico über den Beruf den ich zur Erläuterung der Falliten-Ordnung gefühlt habe, geben muß.

Die Ordnung nach welcher ich meinen Vortrag einrichten werde, wird die Folge der Artikel in der Falliten-Ordnung seyn, mit dem Vorbehalte, daß ich mir einige Versetzungen erlauben darf. — Zwar bin ich eben nicht überzeugt, daß die Folge der Artikel ganz systematisch

richtig

richtig wäre. Allein viele meiner Leser haben sich gewiß an die bestehende Folge des Textes der Falliten-Ordnung einmal gewöhnt, so daß ihnen eine andere Ordnung unbequem seyn würde.

Vorher einiges über die Geschichte und über die Gültigkeit der Falliten-Ordnung.

Geschichte der neuen Falliten-Ordnung.

Büsch in den kleinen Schriften über die Handlung, in der Rede über die Handlungs-Theorie, — giebt den Hamburgern das Zeugniß: daß sie schon frühe angefangen haben die Handlung nicht wie ein Handwerk, sondern wie eine Sache zu betrachten die eine Wissenschaft abgiebt. Er führt uns, zum unwidersprechlichen Beweise, die Anstalten und die Gesetze schon des vorigen Jahrhunderts an, welche dem Wohle der Handlung angemessen sind.

Es konnte unter diesen Umständen nicht fehlen, daß man auf das Concurs-Recht aufmerksam ward, und begrif, daß das gemeine Recht hierin nicht die Eigenschaften habe die für die Handlung heilsam wären. Indeßen welche Veränderung auch mit dem Concurs-Rechte vorgenommen wurden, immer blieb das alte System, welches einem Verfahren nachgab das die Masse grossen Theiles verzehrte, und was noch übrig blieb den hypothecarischen Gläubigern zukommen ließ. Welche Hofnungen zur Bezahlung konnte wohl der kaufmännische Gläubiger, dessen Forderungen ja nur Buchschuld

sind, als der letzte in der Reihe, aus den Statuten, der Falliten-Ordnung von 1647 und der entworfenen Gerichts-Ordnung von 1711, schöpfen? — Ein im Jahre 1730 den 23. October herausgekommenes Mandat versprach endlich, eine dem Geiste der Handlung gemäßere Einrichtung.

S. die Mandaten-Sammlung v. J. 1730. Th. 2.

Erst 23 Jahre später war die versprochene Ordnung fertig, und legte den nachher so oft bestätigten Beweis ab, daß eine neue Einrichtung in Hamburg zwar langsam zu Stande kömmt, daß sie aber auch gut ist wenn sie endlich fertig geworden. Denn in der That, die Falliten-Ordnung ist ein Meisterstück der damaligen Gesetzgebung. Es ist ein so reiner Grundsatz des Handlungs-Rechtes, der dieser Ordnung zur Beobachtung aufgegeben ist: den Credit der Stadt zu erhalten; — und die Mittel der Aufgabe zu entsprechen, (die Beschleunigung des Concurses, und daß die Buch-Schuld nicht der Hypothec aufgeopfert werde,) sind so richtig gefunden, daß an dem angenommenen Systeme nichts zu wünschen übrig bleibt. Tadel kann nur einzelne Gesetze treffen, und vielleicht deswegen am meisten, daß sie dem obigen Zwecke hätten näher kommen können. — Nimmt man dazu die Schwierigkeiten mit welchen die Gesetzgeber bey Aufstellung der neuen Principien zu kämpfen hatten, und die Umstände unter denen dies geschah; so ist unser Falliten-Recht wirklich über das damalige Zeitalter erhaben. Wie leise treten nicht die Gesetzgeber mit den neuen Maaßregeln auf? die neue Art die Masse auszutheilen, soll nur mit Bewilligung der Gläubiger

geschehen; wollen diese nicht, so hat mit dem Processe die Zahlung nach Classen wieder statt. Eben so ist es mit der Führung des Concurses durch die Curatoren; wenn die Gläubiger diese außergerichtliche Führung nicht wollen, so wird ihnen am Ende darin gewillfahret. Ein Beweiß daß man Widerstand erwartete. Die Umstände unter denen die neue Einrichtung errichtet wurde, waren nicht die günstigsten; weil den Gesetzgebern wenig vorgearbeitet war. Die Litteratur war in einem schlechten Zustande; außer einigen Lexicis, und Lehrbüchern über einzelne Theile der zur Handlung gehörenden Kenntnisse, war über die Handlung als Wissenschaft wenig geschrieben.

S. den Catalogus der hamburg. Commerz-Bibliothec. Abschnitt: Handlungs-Wissenschaft.

Und, was die Bücher über das Handlungs-Recht betraf, so waren diese, wenigstens wo es auf Gesetze zur Erhaltung der Credits ankam, sehr ungeschickte Leiter. Büsch hatte das Handlungsrecht noch nicht gelehrt. — Ueberdies fehlte die Publicität. Hamburgs glückliche Verfassung erlaubte zwar, daß jeder Erbgesessene Bürger seine Stimme zu der neuen Anordnung geben durfte; und mehrere gaben sie nicht ungehört. Aber so zu verfahren, wie bey unserer neu zu errichtenden Wechsel-Ordnung verfahren ist, daß man jeden unterrichteten Mann im Publico einladete mit gutem Rathe an die Hand zu gehen, war damals noch nicht Sitte.

Es war im Jahre 1745 als endlich im Senate eine Commission, zur Entwerfung der neuen Falliten-Ordnung, ernannt wurde. Die Commission bestand aus drey

Rechtsgelehrten, Senator Corthun Lt., Senator Schuback Lt., und Senator Anckelmann Dr.

Der Entwurf der neuen Ordnung nachdem er vom Senate decretirt war, wurde dem Collegio der Oberalten und darauf dem der Sechsziger vorgelegt; welche beyde Collegia mit dem Senate völlig einverstanden wurden. Das Collegium der Hundert-achtziger indeß, scheint mit dem Entwurfe nicht ganz zufrieden gewesen zu seyn; denn in dem Vortrage des Senats an die Bürgerschaft, geschieht der Billigung der Hundert-achtziger keiner Erwähnung; und das darauf folgende Verlangen der Bürgerschaft: eine Deputation zu mehrerer Ueberlegung der Sache niederzusetzen, scheint von den Hundert-achtzigern veranlaßt zu seyn.

Die eben erwähnte Bürgerschaft wurde am 9ten November 1752 gehalten; es war eine ausserordentliche Versammlung bloß zum Behufe der Falliten-Ordnung; und sie währte von 9 Uhr des Morgens bis 6 Uhr des Abends.

Die Propositio Senatus an die Bürgerschaft lautete im Wesentlichen dahin:

> Die von E. E. Rathe angewandte Mühe eine dem Besten der Stadt gemäße Falliten-Ordnung zu errichten, wäre von einer besondern Sorgfalt, abseiten der Löbl. Collegiorum begleitet gewesen, mit der sie, der genauesten Ermessung derselben, ihrer Weitläuftigkeit ungeachtet, sich willfährigst unterzogen; und nach welcher E. Oberalten und das Löbl. Collegium der Sechsziger, mit E. E. Rath in allen und jeden Stücken sich völligst

völligst vereinbaret hätten. E. E. Rath lege dieselbe nun der E. Bürgerschaft vor, und wünsche daß die E. Bürgerschaft dies stadterspriessliche Gesetz genehmigen möge.

Die Resolutio civium fiel dahin aus:

Erbgesessene Bürgerschaft danke zwar E. E. Rath für die heute proponirte mit so vieler Mühe entworfene neue Falliten-Ordnung. Weil aber dieselbe unmöglich jetzt recht überlegt und beurtheilt werden könne, so wäre E. Bürgerschoft der Meynung, daß eine besondere Deputation, bestehend aus 3 Herren Graduirten überhaupt, und einem Oberalten, einem Sechsziger und einem Hundert-achtziger aus jedem Kirchspiele, niederzusetzen, welche diese Ordnung mit E. E. Rath, jedoch sub ratificatione E. Bürgerschaft, zu berichtigen. Und wären dazu ernannt:

Graduirte.

Johann Paul Trummer Dr.
Albert Schulte Lt.
Johann Diederich Wiebeking Lt.

Bürger.

1) Aus dem Kirchspiele St. Petri:
Oberalt: Philip Heinrich Stenglin,
60ger: Jürgen Schulz,
180ger: Rudolf Michel Riedel.

2) St. Nicolai:
Oberalt: Johann Diederich Cordes,
60ger: Joachim Kellinghusen,
180ger: Bernhard Riecke.

3) St. Catharinen:
Oberalt: Willhelm Mattfeld,
6oger: Diederich Thorbeck,
18oger: Bartholt Schlebach.

4) St. Jacobi:
Oberalt: Daniel Schiebeler,
6oger: Joachim von den Steenhof,
18oger: Johann Ernst Pagenstecher.

5) St. Michaelis:
Oberalt: Egbert Tieffbraun,
6oger: Marcus von Hein,
18oger: Johann Willhelm Syling.

Hierauf erfolgte folgende Antwort des Senats:

E. E. Rath lasse sich in Ansehung der ganz besonderen Wichtigkeit und des weiten Umfanges der Sache, die von E. Bürgerschaft in Vorschlag gebrachte Deputation zur ferneren Ueberlegung der neuen Falliten-Ordnung, nach der E. Bürgerschaft Meynung wohlgefallen.

Die niedergesetzte Deputation beschäftigte sich emsig, der Falliten-Ordnung noch mehr Bestimmtheit und mehr Nachdruck zu geben, als der Entwurf bisher in sich faßte; und brachte einige sehr wichtige Veränderungen und Zusätze in Vorschlag, die auch angenommen wurden. Dieser veränderte Entwurf ward gegen die Mitte des folgenden Jahres, 1753, fertig, und konnte nachdem er die Billigung des Senats und der bürgerlichen Collegien erhalten hatte, der Bürgerschaft vorgelegt werden, welche auf den 12. July berufen wurde. Nach gehaltener Berathschlagung gab die Bürgerschaft folgende Resolutio ab:

Erbge-

Erbgesessene Bürgerschaft läßt sich nunmehr die neue Falliten-Ordnung nach der ab A. Senatu mit der Deputation gemachten Veränderungen und Zusätzen danknehmigst wohlgefallen.

(Die Veränderungen und Zusätze selbst, werde ich, so viel ich davon habe in Erfahrung bringen können, unter jedem Artikel anmerken.)

So war nunmehr der Entwurf der Falliten-Ordnung zum Gesetze geworden; und der Senat säumte nicht die neue Ordnung zu publiciren. Sie kam am 31. August 1753, begleitet mit einem Mandate, das eine zweckmässige Vorrede zu der Falliten-Ordnung abgiebt, in das Publicum. Sechs Monate hernach, also am 1sten Februar 1754 fing die Ausübung der Falliten-Ordnung an. Bis dahin wurden die Concurse nach der vorigen Ordnung behandelt, und auch nach derselben beendigt.

Es währte nicht lange, daß die neue Ordnung Beyfall erhielt und ihre guten Wirkungen unwidersprechlich bewieß; auch beeiferten sich die Bürger zur Ausübung derselben mitzuwirken. Nicht weniger war der Senat aufmerksam auf die Beobachtung der neuen Ordnung, und gab Erklärungen, strenge Mandate und Verordnungen zu diesem Behufe ab. Ich werde alle diese Verordnungen nach der Zeitfolge hier aufführen, den Inhalt derselben aber bey den Artikeln vollständig hersetzen zu denen sie gehören. (Die eigentlichen Mandate sind schon in den Mandaten-Sammlungen gedruckt; die Conclusa und die Commissoria perpetua aber sind noch ungedruckt.) Sie sind folgende: 1) vom 30. August 1754.

(Mandaten-Sammlung.) 2) vom 3. April 1756. (ebendaselbst.) 3) vom 4. Novemb. 1756. (ebend.) 4) vom 2. August 1758. (ebend.) 5) von 25. August 1763. (ebend.) 6) vom 14. Octob. 1763. (ebend.) 7) vom 9. Februar 1764. (ebend.) 8) vom 3. Sept. 1764. (noch ungedruckt, s. bey Art. 2.) 9) vom 5. Nov. 1764. (Mandaten-Sammlung.) 10) vom 29. Nov. 1765. (noch ungedruckt, s. bey Art. 73.) 11) vom 17. October 1766. (Mand. S.) 12) vom 20. Januar 1768. (ebend.) 13) vom 16. Jan. 1769. (ebend.) 14) vom 1. Decemb. 1775. (noch ungedruckt, s. bey Art. 4.) 15) vom 2. Decemb. 1776. (ebenfalls, s. bey Art. 5.) 16) vom 8. Octob. 1779. (noch ungedruckt, s. bey Art. 2.) 17) vom 11. Decemb. 1780. (ebenfalls, s. bey Art. 5.) 18) vom 12. Jan. 1781. (ebenfalls, s. bey Art. 97.) 19) vom 8. Juny 1781. (ebenfalls, s. bey Art. 109.) 20) vom 1. July 1782. (ebenfalls, s. bey Art. 4.) 21) vom 14. Octob. 1789. (ebenfalls, s. bey Art. 108.) Die Erfahrung lehrte überdies bey der Ausübung der Falliten-Ordnung, daß noch einige Puncte gesetzlich bestimmt werden müßten, und daß andere einer Aenderung bedürften. Rath und Bürgerschaft halfen den Uebeln durch Verordnungen und Additional-Artikeln ab.

So erschien 1766. den 5. December, eine durch Rath- und Bürger-Schluß vom 4. Decemb. beliebte Verordnung: wegen Begünstigung der Frachtgelder. 1772 den 24. April erschienen Additional-Artikel, eine Erläuterung des 109. Artikels, und mit dem erneuer- Beschluße über die Frachtgelder, eine Verfügung wegen

der

der Haverie-Grosse. Beschlossen den 9. April des gedachten Jahres. 1773. den 25. October, ein Additional-Artikel über die Einsätze in die Lotterien. Den 2. November 1777 ein Rath- und Bürger-Schluß wegen Bezahlung abgetretener und beym Verkauf der Häuser salvirter Pöste. 1789 der Artikel des erneuerten Handlungs-Tractats von 1769 mit Frankreich, worin wegen des Verkaufes des Conossements, der Art. 25 Falliten-Ordnung in Ansehung Frankreichs geändert wird.

S. den Tractat vom Jahre 1769 in Klefekers Samml. Hamb. Gesetze Th. 7. S. 664. und den v. J. 1789. in Andersons Hamb. Verord. Th. 3.

Von den, bey dem Concurse, ausser der Falliten-Ordnung geltenden Rechten.

So groß der Umfang der Rechte ist, welchen die Falliten-Ordnung beschreibt; so ist der Umfang doch bey weitem nicht hinreichend, um die Entscheidung aller Fälle aus der Falliten-Ordnung nehmen zu können. Sie hat daher das statutarische und gemeine Recht so wenig überflüssig machen können, als abschaffen wollen. Eine Sache, die der Falliten-Ordnung keinesweges als Fehler angerechnet werden darf, so lange nicht bewiesen worden, daß da, wo den älteren Rechten der Zutritt gelassen ist, ein nachtheiliges Gesetz in Ausübung kömmt.

Es ist in den jetzigen Zeiten sehr viel darüber gesprochen und geschrieben worden, daß das römische Recht für die jetzige Welt kein Recht mehr seyn könne, und man hat es für das dringenste Bedürfniß ausgegeben, daß das

lateini-

lateinische Recht abgeschaft werden müsse. So wird in der Neuen deutschen Bibliothek im 6ten Hefte des 2ten Stücks des 19ten Bandes, bey der Recension von Dabelows System der Civilrechtsgelahrtheit gesagt: "Jene Ueberzeugung (nehmlich, "daß ein Rechtssystem nur in der Sprache des Gesetzbuchs entwickelt werden könne) ist es, die dem Recensenten für eine der ersten Gründe gelten, weswegen "wir uns in Deutschland des römischen Gesetzbuchs entledigen müssen. Wollen wir nicht höchst inconsequent "handeln, so müssen wir entweder die lateinische Sprache "annehmen, oder das lateinische Recht verabschieden. "Jenes ist nicht thunlich; denn es würde nicht etwa zureichen, sie in die Gerichte wieder aufzunehmen; sie "müßte auch in das gemeine Leben aufgenommen wer"den, da dieses in jenem verhandelt wird, und jene nach "diesem eingerichtet seyn müssen. Es bleibt also keine "Hülfe, als die förmliche Verabschiedung, die eben so "gut ohne Geräusche und ohne gewaltsame Mittel ge"schehen kann, als die Aufnahme geschah. Der Genius "der Zeit wird sie herbeyführen; er hat schon unver"merkt daran gearbeitet; auch mit jedem neuen Buche "über das lateinische Recht kömmt er dem Zwecke nä"her. Indem die (gerügte) Inconsequenz den Fehler "endlich heben wird."

Es ist kein neues Ereigniß, daß man sich wider das römische Recht erklärt, dieß geschah schon im 15ten Jahrhunderte.

S. Danz Handbuch des deutschen Privat-Rechts §. 26. 28. Stuttgard 1796.

Aber

Aber der Bestand des fremden Rechtes, ungeachtet aller Anfechtungen, ist fürwahr kein schlechter Beweis von der inneren Güte des Gesetzbuches; indem das römische Recht ja keinesweges durch Zwang den Deutschen aufgedrungen ist.

Ich liebe das römische Recht, und kann mich noch nicht überzeugen, daß durch dessen Abschaffung ein besonderes Heil über die Menschheit ausgebreitet werden würde. Anerkannt enthält das Corpus juris einen Schatz von Rechtssprüchen, der an Reichhaltigkeit noch nicht leicht zu übertreffen seyn würde. Zwar giebt es mehrere Abtheilungen, deren Inhalt für uns ganz unbrauchbar sind, weil wir die Einrichtungen, worauf sich diese Gesetze beziehen, gar nicht, oder doch in veränderter Gestalt haben. Allein wo unsere Einrichtungen mit denen der Römer völlig gleich sind, da können wir der Anwendung derselben Gesetze allen Beyfall geben. Ich beziehe mich zum Beweise der Anwendbarkeit, auf die römischen Rechte vom Kaufe und Verkaufe. Da überdem selbst das neueste Gesetzbuch, das preußische, einen grossen Theil seines Inhalts aus dem römischen genommen hat, so verdient sicher das Corpus juris die Geringschätzung nicht. Auch empfiehlt Erhard

in der Critic des preuf. Gesetzb. S. 287

den brandenburgischen Rechtsgelehrten das Studium des römischen Rechts.

Was den von der Sprache hergenommenen Grund betrift, daß das römische Recht wegen des Lateinischen den Deutschen fremd wäre, so frage ich nur: wird denn ein jeder Bürger dadurch zum Rechtskundigen werden,

daß

daß er ein Gesetzbuch in der Landessprache hat? Grundsätze müssen doch gemeiniglich die Entscheidung hergeben, da es einmal unmöglich ist, daß für jeden künftigen Fall das Urtheil im Gesetze liege. Sind die Grundsätze nur richtig, so wird der Bürger, wenn er irgend einigen Unterricht genossen hat, in leichten Fällen den Rechtssätzen von selbst gemäß handeln, ohne lateinisch verstehen zu dürfen; in schwierigen Fällen hingegen wird er dennoch einen Rechtsgelehrten fragen müssen, wenn er sein Gesetzbuch auch in deutscher Sprache besitzt. *) Hiermit wird indeßen nicht behauptet, daß ein Gesetzbuch in deutscher Sprache nicht vorzuziehen wäre; aber man muß die Bedingung dabey machen, daß das deutsche Gesetzbuch dem lateinischen an Vollkommenheit nichts nachgebe.

Büsch erklärt sich

in der Handlungsbibliothek 1sten Band, Abschn. Ueber Handlungs-Usancen. Und, in der theoretisch-practischen Darstellung der Handlung, im 2ten Theile im Capitel: über die Handlungs-Rechte

wider das römische Recht; nicht, als wenn er die Vortreflichkeit derselben im allgemeinen verkennte, sondern weil es der Handlung nicht angemessen wäre und die Anwendung nachtheiligen Einfluß auf die Handlung hätte. — Ich unterschreibe mit völliger Ueberzeugung die Behauptung, daß das römische Recht nicht angewendet

*) So weiß er z. B. ohne besonderes Studium der Rechte, daß zu einem Anerbieten des andern, die Annahme von seiner Seite erforderlich ist, um einen Contract zu schliessen.

S. Bischof Abhandlung von den deutschen Landes-Gesetzen. Helmstädt 1795. Und dessen Aufsatz, im 219ten Stücke des Reichs-Anzeigers von 1796.

det werden muß, wo es der Natur der Sache zuwider ist, und daß die Handlungs-Usancen vor dem geschriebenen Rechte den Vorzug haben. Zudem werde ich mich bemühen zu beweisen, daß weder der Bestand der römischen noch der übrigen gemeinen Rechte, jenen Grundsätzen Abbruch thun darf. Aber ich bin um so fester überzeugt, daß sich von dem römischen Rechte auch ein guter Gebrauch bey der Handlung machen läßt. Ich habe oben die römischen Rechte vom Kaufe und Verkaufe als besonders brauchbahr genannt, und scheine damit in die Enge zu kommen, weil Büsch

in der Handlungsbibliothek a. a. Orte

grade ein Urtheil in einem Kauf-Contracte zum Beweise der Ungerechtigkeit des römischen Rechts in Handlungs-Sachen anführt. Allein ich kann bey diesem Falle dem römischen Gesetzbuche die Schuld nicht beymessen, weil mir hier dem römischen Rechte zuwider geurtheilt zu seyn scheint.

Das römische Recht ist, so wie das canonische und gemeine deutsche Recht, ein Hülfs-Recht, und kann daher 1) nicht anders in Anwendung gebracht werden, als wenn particulair Gesetze, und die Gewohnheits-Rechte schweigen. Die Sache selbst ist wohl unbestritten, aber die schwierige Frage bezieht sich in den vorliegenden Fällen auf das Daseyn der Usance. Weil man über die rechtlichen Erfordernisse einer Usance nicht einig ist.

Wenn man die älteren Rechtsgelehrten über die Gewohnheits-Rechte nachliest,

s. besonders unseren Hamburgischen Schlüter: Von einer zu Recht beständigen Gewohnheit.

so

so findet man den Unterschied zwischen einer Gewohnheit wider das geschriebene Recht, uud neben dem geschriebenen Rechte; letzteres heißt: wenn aus dem Gesetzbuche keine Entscheidung zu nehmen ist. Im letzteren Falle geben die Rechtslehrer zu, daß durch actus extrajudiciales, (nicht gerichtliche Handlungen) eine Gewohnheit aufkommen könne; im ersteren Falle behaupten sie, daß die Gewohnheit nur durch actus judiciales (dem Gesetze widersprechende Urtheile) entstehen dürfe. Wenn diese Behauptung in allen Stücken richtig wäre, so wäre es freylich ein schlimmer Umstand für die Handlung, daß gerade das römische Recht reichhaltig an Bestimmungen ist.

Meine Theorie von der Gültigkeit einer Gewohnheit ist folgende. Es giebt der gesetzlichen Vorschriften zweyerley, einmal solche, welche zur Anordnung der Geschäfte zwischen den Partheyen dienen; zweytens solche, wo Gerechtsahme eines dritten, nicht mit contrahirenden, bestimmt werden. Besonders ist dies letztere der Fall, a) wo Rechte an die Sachen geheftet sind; welche Rechte mit den Sachen bey einer Veräusserung übertragen werden. b) Wo dem Staate, als der dritten Persohn, daran gelegen ist, daß eine Sache geschehe oder nicht geschehe, also wo absolut gebietende oder verbietende Gesetze sind.

Die Rechte dieser zweyten Art können nach meiner Ueberzeugung nicht abgeändert werden, ohne daß wenigstens ein richterliches Urtheil, das Beyfall erhalten hat, die Abänderung bestimme.

Wenn daher nicht ein besonderes Gesetz des Staates, den Grundsatz z. B.: Hand muß Hand wahren, aufstellt, so muß nach dem römischen: wo ich mein Gut finde, da nehme ich es weg, — geurtheilt werden; die Contrahenten mögen noch so sehr anderer Meynung gewesen seyn. Und wenn der Richter seiner bessern Ueberzeugung zufolge es wagen wollte, anders zu sprechen; so läuft er Gefahr, sein Urtheil für nichtig erklärt zu sehen. Aber freylich, wenn er des Beyfalls des ganzen Publicums und selbst der unterliegenden Parthey versichert seyn kann, so läßt sich durch ein solches Urtheil ein neuer Grundsatz aufstellen. Bey dem Art. 27. F. O. wird davon ein Beyspiel vorkommen.

Was die gesetzlichen Vorschriften der ersten Art betrift, welche zur Anordnung der Geschäfte dienen; so hat Büsch

a. a. O. über Handlungs-Usancen, und in dem Anhange: Noch ein Wort über Handlungs-Usancen.

vollkommen recht, wenn er behauptet, daß die Usancen ohne vorhergehende Urtheile und ohne in die geschriebenen Gesetze aufgenommen zu seyn, als Recht gelten müssen. Es kömmt (zum Beweise dieses Satzes) darauf an, ob man will, daß sich die Handlungsweise der Bürger nach der Vorschrift der Rechte, oder diese nach jener richten sollen. Ich bin nicht in Abrede, daß wenn es dem Staate daran gelegen ist, auch das Formelle der gesetzlichen Vorschriften beobachtet werden müsse; aber das ist schon zugegeben. Betrift hingegen das Geschäft nur die Vortheile der Partheyen, hat ein dritter weiter keinen Antheil an der Sache; so muß der Wille der Par-

theyen bey ihnen Gesetz seyn, und die allgemeine Annahme dieser Handlungsweise, ohne gerichtliches Zuthun die Gewohnheit bilden. Das gemeine Recht gesteht dies selbst zu, wenn es im L. 35. D. de L. L. die Gewohnheit, als die stillschweigende Uebereinkunft beschreibt; und da es L. 38. ibid., consuetudo von der auctoritate rerum judicatarum, unterscheidet.

S. auch Hoffacker Princ. juris. Tubing. 1788. Tom. I. §. 124.

Diesen Grundsätzen ist die in den Reichs-Gesetzen gestattete Autonomie, (das Recht durch eigene Handlungen ein Recht zu bilden,) völlig gemäß.

S. Dantz a. a. O. §. 54. ff. und Runde deutsches Privat-Recht §. 2 und 473.

Es ist demnach ohne Zweifel, daß wenn wirklich bewiesen werden kann, die Partheyen haben die gewöhnliche Handlungsweise der Kaufleute, bey dem in Streit gezogenen Geschäfte vor Augen gehabt; so braucht es weiter nichts um die Usance gelten zu machen. Diese sind so gut wie die Verabredungen von einem Gesetze im gegenwärtigen Falle keinen Gebrauch zu machen; welche Verabredungen unstreitig so lange gültig sind, als, wie schon angeführt ist, das Gesetz hier nicht unbedingt verbietend ist.

Von den Usancen unterscheide ich die Fälle, wo nach der Analogie eines Grundsatzes geurtheilt werden muß. Und dies ist das 2te mal wo das gemeine Recht nicht in Anwendung kömmt. (S. oben S. 15.)

S. Dantz a. a. O. S. 285.

Wenn die Frage ist: wie die Aeusserung der einen Parthey ausgelegt werden müsse, oder wie eine zweifelhafte

hafte Verabredung zu verstehen sey; so kann ich nicht nach einer Usance suchen um daraus die Auskunft zu holen. Denn eine Usance muß sich auf eine bestimmte Handlung gründen, eine Handlungsweise selbst seyn; nicht aber eine Folgerung aus einer Handlungsweise. So ist es eine Usance, daß bei dieser Waare die Zahlungszeit nach 4, bey andern nach 6 Wochen ist, wenn auf ordentliche Zeit gekauft worden. Dagegen ist es keine Usance, daß, wenn der Kaufmann eine Waare wie zu besehen, verkauft, er nicht für den Nahmen stehen dürfe unter welchem er sie angezeigt habe; sondern dies ist eine rechtliche Folgerung aus der Maxime welche die Kaufmannschaft in ihre Handlungsweise aufgenommen hat, daß der gute Glaube der Handlung zum Grunde liege, und daß der Wortklauberey nicht Statt gegeben werden müsse.

Der hier gemachte Unterschied ist keinesweges leer und ohne Nutzen; vielmehr ist es offenbahr, daß die Verwechselung der angegebenen Begriffe, die häufigen Widersprüche in den Pareren entstehen macht. Daß eine bestimmte Handlungsweise über eine Sache da sey, wie der eine behauptet, wollen die andern oft nicht wissen; aber sie würden sicher jener Meynung Beyfall geben, wenn diese eine überzeugende Folgerung aus den Maximen des guten Glaubens, und der Unmöglichkeit an der Börse Förmlichkeiten eines Contracts zu beobachten, welche Maximen alle anerkennen, enthielte. (Der §. 27. der Abhandlung vom Wechsel-Rechte, in der Handlnngs-Bibliothek, 1sten Theil, enthält eine Bestätigung dieses Satzes.) In so ferne also die Pareren

nicht Thatsachen bestätigen sollen, muß die Auseinandersetzung einer Behauptung wie ein rechtliches Gutachten ausgeführt werden. Dann weiß der Richter woran er ist, und wie er die abgegebenen Stimmen in dem Parere zu würdigen hat.

Untersucht man die Klagen darüber, daß der Richter notiones juris romani in die Handlungsgeschäfte übertrage, genau; so ist es sicher (wenn jene Klage überhaupt Grund hat,) gemeiniglich der Fall, daß der Richter einem solchen Grundsatze entgegen gesprochen hat; seltner wird er es sich erlauben einer wirklichen Usance entgegen zu sprechen. Und es läßt sich nicht läugnen, daß strenge Rechtsgelehrte die Frage: soll man, wenn Usancen und besondere Rechte nicht da sind, dem römischen Rechte folgen, oder nach der Natur der Sache sprechen? — dahin beantworten, daß nach dem römischen Rechte gesprochen werden müsse. Es ist der neuern Zeit vorbehalten gewesen, diese Behauptung mit Festigkeit zu bestreiten; Büsch ist der Mann, der dieser verderblichen Lehre, in allen seinen Handlungsschriften laut und mit Ueberzeugung widersprochen hat; und ihm verdankt die Handlungswelt und die Rechtswissenschaft die bessern Einsichten vorzüglich. (S. besonders: Darstellung der Handlung, 2ten Theil, Abschnitt: Ueber die Handlungsrechte.) Er hat es überzeugend dargethan, daß der rasche Gang der Geschäfte, diejenigen Gesetze der Römer nicht leiden, die mit beständiger Sorgfalt vor List und Betrug, den Geschäften eine Vorschrift gegeben haben, welche die angestrengteste Behutsamkeit erfodert. Der gute Glaube ist dagegen bey der

Hand-

Handlung der Grund auf dem die Geschäfte geführt werden, und dieser entledigt die Partheyen alles Zwanges, der als ein Zusatz zu der Natur der Sache, sonst da ist. Durch die Maxime des guten Glaubens, hat die Handlung sich neue Rechte geschaffen; und neue Einrichtungen hervor gebracht, die sich dem römischen und übrigen gemeinen Rechte nicht anbequemen lassen. Folglich muß deren natürliches Recht, nicht aber ein fremdes, das Urtheil in den Streitsachen abgeben.

S. Danz a. a. O. §. 54. Hoffacker l. c. §. 88.

Und dies mit völliger Befugniß, weil, man mag von dem Positiven des gemeinen Rechtes sagen was man will, dasselbe immer nur ein Hülfsrecht bleibt.

Offenbahr behaupten auch die strengen Rechtsgelehrten, mit ihren Gründen von der Uebermacht des positiven Rechtes, nichts anders, als daß man dasselbe wie ein Abstractum, ein Ding das auf dem Ansehen seines eigenen Ausspruches beruhe, ansehen müsse. Und daß man um die innern Gründe sich nicht zu bekümmern habe. Es ist die kritische Philosophie die ihnen hier auf die Spur gekommen ist.

S. Reinholds Briefe über die kantische Philosophie. 2. Th. 2. bis 6. Brief.

Zwar wird es der Philosophie noch oft als Unrecht vorgeworfen, "daß sie die Suverainität der historischen und "positiven Wissenschaften anzuerkennen sich weigere."

S. die Recension der juristischen Mißcellen in der Allgem. deutsch. Bibliothec, 24. Band. 7. Heft.

Und man will es ihr nicht gelten lassen, daß das positive Recht, wie Fichte

im Naturrechte, Jena und Leipzig 1796. im 3ten Hauptstücke, S. 119.

sagt, nichts weiter seyn dürfe, als: das auf Gegenstände angewandte Naturrecht. Allein die Philosophie wird schon ihre Sache zu behaupten wissen. Eine so sanfte Revolution in den Begriffen, als sie bewirkt, wird keinem Unbefangenen zum Unwillen Ursache geben.

Ich habe endlich noch anzugeben: wo denn das gemeine und besonders das römische Recht in Handlungs-Fällen brauchbar ist? — Allemal da, wo erstlich, in diesem Rechte das natürliche Recht zur Sprache gebracht ist, und zweytens, wo die Handlung ebenfalls eine genaue Behutsamkeit vor List und Betrug, die in dem römischen Rechte ausgedruckt ist, bedarf. Von dem ersten Falle werde ich in der Folge oft zu reden haben; und von dem letzten besonders bey der Lehre von den zum Betruge der Gläubiger geschehenen Veräusserungen, der Paulianischen Klage. (S. bey Art. 1. der F. O.)

Aber kann man fragen: was schützt vor der Gefahr, daß das römische Recht immer unter diesen Bedingungen nur, angewendet werde? was bestimmt den Richter, bei diesem Falle das römische Recht mit Zuversicht anwendbahr zu finden, bey jenem nicht? — Es ist wieder die kritische Philosophie welche hier aushilft; sie lehrt: daß man die Principien der Gesetze aufsuchen solle, und daß die inneren Gründe des Gesetzes die Grenze seines Umfanges angeben müssen. — Ohne Zweifel hat die Philosophie dadurch in der Rechtsgelehrsamkeit ein Licht aufgesteckt, das nicht fehl greifen läßt; und die Bemühungen der neueren Rechtslehrer, ihre Zuhörer und Leser auf die allgemeinen Gründe des Rechtsverhältnißes zurück zu führen,

S. die

S. die allgem. juriſt. Bibliothec, Tübingen 1796. beſonders den Abſchnitt: Naturrecht.

werden ihres wohlthätigen Zweckes nicht verfehlen. *)

Folgendes iſt nach dieſem allen die Ordnung, in welcher in Hamburg die Rechte nach einander ſtehen. Vor allen Dingen gelten die Uſancen. Dann das Stadt-Recht. Dann das gemeine Recht, ſowohl die Reichs-Geſetze, als das canoniſche- und römiſche Recht. Enthalten dieſe alle nichts, was vollkommen anwendbahr wäre, ſo darf man nicht die Sache dem poſitiven Rechte anbequemen; ſondern dann entſcheiden Grundſätze, und das, aus der Natur der Sache entſtehende Recht. In Hamburg wird man demnach über die Schädlichkeit des fremden Rechtes ſich nicht zu beklagen haben. Denn was die Rechte angeht, welche auf die Gerechtſame eines dritten Hinſicht nehmen müſſen, und daher für den Richter unumſtößliche poſitive Grundſätze ſind; ſo beſitzen wir theils in den Statuten, theils in der Falliten-Ordnung, Grundſätze von ſolcher Art welche dem Handel günſtig ſind. Bey uns gilt nicht die römiſche Vindication von dem dritten Beſitzer in gutem Glauben; nur bey dem, wo der Eigenthümer ſeine Sache verlohren hat, kann er ſie wiederſuchen. Wir haben ein günſtigeres Retentions- und Kompenſations-Recht. Und wenn auch für andere Gegenſtände z. B. für das Recht der Hypothecen manches noch zu wünſchen übrig bleibt; ſo darf man ja nur die Aufmerſamkeit erregen, und die Aenderung wird ſchon vorbereitet ſeyn. Uebrigens wird

*) Kants metaphyſiſche Rechtslehre, Königsberg 1797. iſt noch eben zu rechter Zeit erſchienen, daß ich mir anmaßen kann, das Buch hier zu nennen.

es zu den seltenen Fällen gehören, daß man dem hamburgischen Richter mit Recht Schuld geben könnte, nach einem unpassenden römischen Gesetze geurtheilt zu haben.

Noch muß ich die Anmerkung machen, daß ich in der gegenwärtigen Abhandlung die Berufung auf das römische Recht, nur nach den obigen Grundsätzen mir habe erlauben wollen; und daß, wenn ich ohne vorgängige Prüfung ein Gesetz angezogen habe, dies nur geschehen ist, um der Richtigkeit meiner Gründe Gewicht zu geben; nicht um die Zweifel durch einen Machtspruch des römischen Rechts zu entfernen.

Von dem Gebiete der Falliten-Ordnung.

Die neue Falliten-Ordnung hat nur innerhalb den Ringmauern der Stadt, gesetzliche Kraft; ausserhalb denselben, bleibt es auf dem Lande bey dem Land-Rechte und in den Vorstädten bey der vorigen Ordnung von 1647. Zwar sagt der Artikel 109. dies nur in Parenthesi; und es mag zuerst auffallend seyn daß von einer so wichtigen Sache nicht früher und ausdrücklicher in der Falliten-Ordnung gesprochen ist. Allein auch nur ein Irrthum wird jemand veranlassen können zu glauben, daß die Falliten-Ordnung auf dem Land-Gebiete der Stadt gelte. Denn einmal spricht der Titel des Werks, allein von der Stadt, und nicht zugleich von deren Land-Gebiete. Ferner wird überall in den Gesetzen nur von Instanzen in der Stadt gesprochen. Uebrigens kann man vielleicht mit Recht behaupten, daß auch das Land neuer Fallit-Gesetze bedürftig gewesen wäre; und Rath und Bürger-

schaft

schaft wären nach dem Haupt-Recesse ohne Zweifel befugt gewesen, für dasselbe die neue Ordnung mit zu geben. Allein es ist sehr klar, daß die Falliten-Ordnung bloß für den Handel und die Kaufmannschaft eingerichtet ist, hingegen für Leute eines andern Gewerbes und besonders für Bauren nicht passend ist. Selbst in der Stadt, wenn die Falliten nicht Kaufleute sind zeigt sich in manchen Stücken schon einige Unbequemlichkeit.

Büsch in der Darstellung der Handl. 2ten Th. Abschn. Von den Bankerotten §. 7. hat hierüber richtige Bemerkungen. Nur zu dem Vorschlage, die Nicht-Kaufleute gar keine Bankerotte machen zu lassen, sondern in dem ordentlichen Wege gegen böse Schuldner mit ihnen zu verfahren, möchte ich nicht stimmen. Weil, wenn kein Concurs-Recht eintritt, also der Gläubiger der zuerst zugreift, Befriedigung erhält, der Nachtheil für die gesammten Gläubiger der gröste ist.

Bey alle dem hat man vor nicht langer Zeit eine Unbequemlichkeit erfahren, die daraus enstand, daß auf dem Lande die hamburgischen Fallit-Gesetze den Kaufmann nicht erreichen. Ein Kaufmann der sein Comptoir in der Stadt hatte, wohnte einige Monate auf seinem Garten vor der Stadt; erklärte bey dem Land-Prätor bankerott, und alle hiesige kaufmännische Gläubiger sollten nun nach dem Land-Rechte und auf dem Lande, sich in den Concurs einlassen. Diese supplicirten zu Rath dahin, den Concurs nach dem Stadt-Rechte zu betreiben; aber ihr Verlangen fand von andern Gläubigern, die bey dem Land-Rechte ihren Vortheil sahen, Widerspruch, es kam zur rechtlichen Verhandlung, und die Entscheidung ließ die Sache bey dem Land-Rechte.

Ich habe endlich noch einige Bemerkungen, über die Benennung der Falliten-Ordnung und über die Sprache in welcher die Gesetze abgefaßt sind, zu machen.

Die Ausdrücke: der Fallite und Falliten-Ordnung, sind ursprünglich französische Wörter; von fallir, le failli und la faillite. Ein Kaufmann der durch Unglück genöthiget ist zu brechen, — eine unglückliche Zahlungs-Unfähigkeit. Aus dem Lateinischen fallere, können die Ausdrücke nicht hergeleitet werden, weil einmal, die böse Nebenbedeutung des Betruges dabey herrscht, und zweytens, weil fallitus kein Wort ist.

Die Sprache, welche in der Falliten-Ordnung geführt wird, ist die, daß der Senat redend auftritt: "Wir Bürgermeister und Rath." Die Sache ist üblich und zweckmäßig, ungeachtet die Bürgerschaft mit gesetzgebende Macht ist, weil der Senat die Gesetze publicirt. Daher findet sich auch diese Sprache in allen andern Gesetzen, selbst in den Statuten.

Publications-Mandat der Falliten-Ordnung.

„Demnach die Erfahrung, leyder! mehr als zu viel bezeuget, wasgestalt durch die in dieser Stadt von Tag zu Tage gar sehr überhand nehmende Pracht und Ueppigkeit, auch ein durch thörigte Nachahmung fast allgemein gewordenes verschwenderisches Leben, dabey das nöthige im Handel und Wandel verabsäumet wird, viele Bürger und Einwohner, sich den Verfall ihrer Nahrung zuziehen, und dadurch zu banqueroutiren genöthiget werden; andere wol gar boshafter Weise, um sich zu bereichern, falliren, und noch andere bey ihren Fallissemenken sich allerhand gottlose Betriegereyen zu Schulden kommen lassen; wodurch nicht nur das Commercium merklich gestöhret, und der allgemeine Credit geschwächet, sondern auch öfters andere Kaufleute, ja wol Witwen und Wayfen unverschuldeter Weise mit ins Verderben, und in Armuth gestürzt werden; Als haben Wir Bürgermeister und Rath dieser Stadt, um solchen eine Zeit her besonders gehäuften Fallimenten, und den damit, in Ansehung des ganzen gemeinen Wesens, vergesellschafteten Folgen, nach aller Möglichkeit zuvorzukommen, mit Bewilligung und Zustimmung Unserer Erbgesessenen Bürgerschaft eine neue, und auf die unterschiedenen Umstände, welche sich bey Banquerotten zutragen, besonders eingerichtete Falliten-Ordnung, wornach in Zukunft bey Fallissementen verfahren, auch in hiesigen Gerichten gesprochen werden soll, zu errich-

ten,

ten, und publiciren zu lassen, für unumgänglich nöthig erachtet.

Unser erstes Augenmerk ist hiebey gewesen, die bisher über die Maasse vervielfältigte, und ausgedehnte gerichtliche Processe, so viel immer möglich, zu vermindern, und ohne dieselbe den Gläubigern, so viel an Uns, zu dem Ihrigen zu verhelfen.

Wir haben hiebey keinen bessern Weg vor Uns gefunden, als die aussergerichtliche Abmachung der Falliten-Sachen in die Stelle der bisherigen geldspilligen Verfolgung treten zu lassen, und des Endes jederzeit eine Commission Unsers Mittels verordnet, vor welcher unter der Commissariorum Auctorität die Berathschlagungen der Creditorum angestellet, und alle und jede Fallit-Sachen regulariter ausgemacht, auch darüber durch einen in öffentliche Verpflichtung zu nehmenden beständigen Actuarium Commissionis ein vollständiges Protocoll errichtet und gehalten werden soll; wobey zugleich, wie die Vota einzurichten, und wie es mit den abwesenden Creditoribus zu halten, reguliret worden. Und weil die Bestellung einiger Curatorum bonorum zur Constituir-Verwalt- und Austheilung der Massae, so nützlich als nöthig ist; so haben Wir nicht nur, auf was Weise die Wahl anzustellen, und welche Personen dazu zu erwählen, fest gesetzet, sondern Wir haben auch solchen Curatoribus ihre Pflichten, die ganze Zeit ihrer Verwaltung über, insonderheit dahin vorgeschrieben, daß sie unverzüglich, wie durch andere Verfügungen, also hauptsächlich durch Bestellung zu beeidigender Buchhalter, Berichtigung der Bücher,

und

und in Eid-Nehmung der Debitorum, derselben Familien und Bedienten, den Statum bonorum ausmachen, die flüchtigen Debitores verfolgen, die Massam bonorum in Sicherheit stellen, die Mobilia & Immobilia verkaufen, und denen privilegirten Gläubigern sowol, als solchen, die ihr Eigenthum vindiciren, nach Möglichkeit, und auf das schleunigste zu dem Ihrigen verhelfen sollen; anbey, damit Curatores in solcher Bemühung ungehindert procediren können, alle Privat-Verfolgung der Debitorum, und ihrer Effecten, auch alle Particulier- und Universal-Arreste den übrigen Gläubigern untersaget: nicht weniger zur Erhaltung Unsers Zweckes, sowol die Falliten, als deren Angehörige, insbesondere die Witwen und Erben, oder deren Vormünder, bey denen ihnen anfallenden Erbschaften auf alle Fälle zu ihren Pflichten und Obliegenheiten auf das genaueste verbunden.

Dieser Theil solcher Ordnung begreift deren 45 erstere Artikeln in sich, worin dann insonderheit vom 22sten bis zum 31sten diejenigen Fälle, welche Wir zu den priviligirten Schulden rechnen, oder sonst a Massa, und von allem Accord in gewisser Maasse absondern, zu Verhütung Streites und Zwistes, nahmhaft auseinander sind gesetzet, und zergliedert worden.

Unser zweytes Augenmerk ist darinn bestanden, nach würklich constituirter Massa, unter schon gedachter Auctorität der Herren Commissariorum, und unter der Beschaffung der Curatorum, zu einem Accord die freye Bahn zu öffnen, und mithin alle Weitläuftigkeit abzuschneiden, welche die oft zu weit getriebene Härte

dieses

dieses oder jenes Creditoris, entweder aus einem gemisbrauchten Vorrechte, oder aus bloſſem Willkühr und Eigenſinn zum Schaden aller übrigen, zum öftern in den Weg geleget hat. Wir haben des Endes zuförderſt die Beſchleunigung eines ſolchen Accords, und der dazu erforderlichen Unterhandlungen und Correſpondenzen mit den ein- und ausheimiſchen Gläubigern, unter der Auctorität der Commiſſion, und deren Beyhülfe, zur Richtigkeit der datorum, und Liquidation, den Curatoribus beſtens anempfohlen, hiernächſt denſelben gewiſſe Maaß-Regeln, um die Gleichheit unter den Creditoren beſtmöglichſt zu erhalten, vorgeſchrieben, und dabey Unſere Abſicht vereinigtermaaſſen theils auf den Nutzen des Credits, und theils auf den wahren Vortheil und Flor der Handlung ſolchergeſtalt gerichtet, daß eine billige Proportion zwiſchen den Pfand- und Buch-Gläubigern aller Orten zum Grunde liegen, und nach deren behufigen, auf alle nur zu erdenken geweſene Gattungen der Schulden vollſtändigſt eingerichteten Claſſificirung, niemand vor dem andern entweder allein leer ausgehen, oder allein zu dem Seinigen gelangen möge. Und damit, auſſer ganz erheblichen Umſtänden, und einem gar zu ſchlechten Zuſtande der Maſſae, der Widerſpruch einiger wenigen Creditorum den Vergleich nicht hemmen möge; ſo iſt eine gewiſſe Proportion beliebet, in welcher, wenn ſie Platz hat, der Vergleich von jedermann angenommen werden muß: wiewol auch bey einem ſchlechten Austrag der Maſſae die Mehrheit der Stimmen den Ausſchlag geben kann, und zufolge welcher Curatores einen jeden zum Genuß des Seinigen ohne

Verschub gelangen zu lassen, der widersprechenden Antheil aber immittelst bey der Cammer niederzulegen, befugt sind; dahingegen aber dem Debitori selbst ohne Einwilligung der Curatorum einen Accord zu suchen, und zu treffen, wohlbedächtlich ist verwehret, und überhaupt alles Winkel-Verfahren aufs schärfste verpönet worden.

Gleichwie aber, bey dieser Unserer noch so grossen Sorgfalt, welcher in dieser Ordnung der 46ste, und die, bis zum 74sten folgende Artikel gewidmet worden, es jedennoch nicht möglich gewesen ist, den Vergleich in allen und jeden Fallissementen vorzuschreiben, und demnach der Concurs nicht immer zu vermeiden stehet; so haben Wir Unser

Drittes Augenmerk gleichwohl auch dahin gerichtet, damit ein solcher förmlicher Concurs, wenn er ja nicht zu verhüten ist, bey der gerichtlichen Ausübung nicht in die Länge gezogen, vielmehr auf alle Weise verkürzet, und zu Ende gebracht werde. Auch hieben hat demnach keine Privat-Prosequirung dieses oder jenen Creditoris Platz, sondern sie geschieht alleinig durch die Curatores bonorum, sowol was die Betreibung des Processes selbst, als den Verkauf der Güter anbetrift; und haben Wir überdies in Ansehung der Termine, der Beweisführung, und des Prioritäts-Streits, auch der würklichen Präclusiv- und Prioritäts-Sentenzen, wie alles dessen, was damit verbunden ist, den Curatoribus, und ihrem Procuratori, gleichwie gesammten Sachwaltern, die Beschleunigung aufs nachdrücklichste anbefohlen, gefolglich alles dahin eingeleitet,

damit

damit von dem Gerichten ohne Anstand zur Entscheidung könne geschritten, und den unbefugten Appellationen ein Riegel vorgeschoben, auch der Prioritäts-Spruch coram Commissione zur unaufhältlichen Würklichkeit gebracht, mithin zur Distribuirung der Gelder a Curatoribus, unter billiger Belohnung derselben, geschritten werden; als in welchen allen der Inhalt dieser Ordnung vom 75sten bis zum 101sten Artikel derselben beruhet.

Damit aber endlich, viertens, ein persönlicher Unterschied zwischen den Falliten gemachet werde, so haben Wir Unser Augenmerk schließlich dieses seyn lassen, selbige in drey Classes, nemlich in boshafte, oder vorsetzliche, in leichtsinnige, und in unglückliche Banqueroutirer zu vertheilen, und nach genauer Bestimmung einer jeden Gattung derselben, die Erkenntniß Unserer Herren Commissariorum auch hiebey voraus gesetzet.

Gegen die erstere haben Wir Unsere obrigkeitliche schärfeste Ahndung durch Gefängniß, Verfestung, und andere infamirende Leibes-Strafen, zu verfügen, im Gewissen Uns verbunden gesehen.

Die Leichtsinnige haben Wir aller Ehren-Aemter, auch der Regel nach, der öffentlichen Bedienungen unfähig zu erklären, und sie demnächst, nach Beschaffenheit der Umstände, auf eine Zeitlang nach dem Winser-Baum bringen zu lassen, auch bis dahin von ihren Creditoribus nicht frey und loszuzählen, für gut gefunden.

Diejenige aber, welche durch allerhand sie überkommene, und nicht vorher zu sehen gewesene Unglücks-Fälle, bey allem angewandten Fleisse zum Fallissement

gend-

genöthiget gewesen, sind von Uns, als des Mitleidens würdige Personen, geschützet worden, welche nach richtiger Uebertragung ihrer Güter von allen Anforderungen ihrer Gläubiger zu befreyen; welchen hiernächst die nothwendige Bedürfnisse zu gestatten, auch zu Mäckler- und andern umsonst zu vergebenden Bedienungen vorzüglich zu verhelfen, und für die endlich zu ihrem Wiederaufkommen vorwortlich sprechen zu lassen, Wir aus Christobrigkeitlicher Milde wohlbedächtlich verordnet haben. Imnaassen solches alles von dem 102ten bis zum 108ten Artikel in dieser Verordnung deutlichst verfasset; in dem letzten aber eine besondere Verordnung in Ansehung derjenigen Fallissementen, die sich nicht über 4000 Mark Courant nach den Forderungen der Creditorum erstrekken, annoch hinzugefüget ist, die gleichwol auch zur Abwendung einer langen und mühsamen Rechtfertigung abzielet, und nach Unserm Haupt-Augenmerke durchgehends eingerichtet worden.

Uebrigens behalten Wir Bürgermeister und Rath Uns und Unsern Nachkommen am Regimente ausdrücklich bevor, diese neue Falliten-Ordnung, mit Zustimmung der Erbgesessenen Bürgerschaft, nach veränderten Zeiten, nöthigen Falls zu mindern und zu mehren; ermahnen aber auch alle und jede dieser Stadt Bürger und Einwohner treulich und Christ-väterlich, daß ein jeder seiner Kaufmannschaft, und sonst habendem Gewerbe fleißig vorstehe, durch übermäßigen, ohnedies ihm unanständigen Staat sich nicht schwäche, seine Handlung nicht weiter, als seine Kräfte zulassen, auf anderer Leute Gefahr erstrecke, und sich vor allen Ver-

gehungen, die als strafbar in dieser neuen Verordnung angezeichnet worden, sorgfältigst hüte, allermeist aber dergleichen grobe Verbrechen, die zufolge des 102ten Articuli vor andern einer exemplarischen Ahndung würdig geachtet sind, so entfernt von sich seyn lasse, als lieb einem jeden seine Wohlfahrt und zeitliche Glückseligkeit, und die Vermeidung der auf die Contraventions-Fälle gesetzten Strafe ist: sintemalen Wir auf diese neue Falliten-Ordnung alles Ernstes gehalten wissen, und die Verbrecher ohne Ansehen der Persohn darnach bestrafen lassen wollen.

Und soll dem zufolge diese Verordnung Sechs Monate, von Zeit der Publication an, gelten, und in hiesiger Stadt Gerichten darnach gesprochen werden.

Wornach sich ein jeder zu richten und für Schaden zu hüten hat.

Actum & decretum in Senatu, publicatumque sub Signeto, die 31 Augusti 1753.„

(L. S.)

Erläuterung der Vorrede.

Dies Mandat wodurch die Falliten-Ordnung den Bürgern und Einwohnern der Stadt als Gesetz publicirt ist, hat sich mit einer Ausführlichkeit über den Umfang der neuen Ordnung verbreitet, daß es als eine sehr gute Vorrede zu der Falliten-Ordnung dient. Dem Leser ist darin eine allgemeine Uebersicht dessen, was er sich von der neuen Ordnung zu versprechen hat, und eine Anlei-

tung

tung zum Studio der Gesetze gegeben worden. Obgleich demnach der Inhalt des Mandats keinesweges gesetzliche Kraft hat, so werden doch einige Erläuterungen über den Inhalt nicht überflüßig seyn.

Es sind ohne Zweifel Bemerkungen von sehr einleuchtender Richtigkeit, welche in dem ersten Absatze der Vorrede gemacht werden; daß nemlich die häufigen Fallissemente und die schlechte Berichtigung der Concurs-Massen, den Credit schwächen und dadurch die Handlung stören. Und, daß der Staat durch gute Fallit-Gesetze diesem Uebel abhelfen könne und müsse. Die Befestigung des Credits ist die Bedingung unter der allein die Handlung blühend gemacht werden kann; er ist die Quelle des Reichthums und des Wohlseyns der Bürger in einem Handlungsstaate; daher hat dieser keine angelegnere Sorge, als alles zu thun und aufzuopfern, was nur mit der Gerechtigkeit bestehen kann, um dem Zutrauen der Fremden Nahrung zu geben. So wie der einzelne Kaufmann, durch strenge Befolgung seines gegebenen Wortes, seinen persöhnlichen Credit erhält; so ermuntert der Staat die Auswärtigen sich an die Bürger mit Geschäften zu wenden, wenn der Staat es dem Fremden, durch unpartheyische und bereitwillige Justiz, leicht macht, Gerechtigkeit gegen den Bürger zu erlangen. Schützt hingegen der Staat seine Bürger vor den gerechten Forderungen des Auswärtigen, kann man sich eines Ausspruches erinnern, wie der ist, welchen Büsch

Handlungs-Bibliothek, 1sten Bd. S. 243.

von einem gewissen Orte anführt: "man könne den "Bürger nicht so drücken;" so ist die Erklärung der

Auswärtigen sehr natürlich, Bürgern dieses Staates nicht trauen zu mögen. Wie die Hamburger damals diese Erklärung gaben.

Die Urheber der neuen Fallit-Ordnung haben demnach den reinsten Zweck gewählt, indem sie die Befestigung des Credits zur Aufgabe der Gesetze machten. Haben sie dabey die Verluste einzelner, ("des Kaufmanns, der Wittwen und Wayfen „) nicht vergessen, so haben sie eine Pflicht, die ebenfalls dem Staate obliegt, erfüllt; aber der Zweck diesen zu helfen, durfte doch jenem nur untergeordnet seyn, und am wenigsten durfte das Ganze, dem Vortheile einzelner aufgeopfert werden.

Die sicherste Art, jenen Zweck zu erreichen, heißt es ferner in der Vorrede, wäre darin gefunden, den Fallissementen theils zuvorzukommen, theils die Nachtheile eines ausgebrochenen Concurses zu verhüten. Das ist unläugbahr alles was man wünschen kann, um zum Zwecke zu kommen. Nur wird man fragen: sind diese Aufgaben nicht zu schwer, um die Befriedigung derselben leisten zu können? — Allerdings, wenn man das hier Vorgesetzte nach dem Buchstaben nimmt; allein, was zuerst das "Zuvorkommen der Fallissemente„ betrifft, so wird damit nicht gemeynt, daß der Staat der Unzahlfähigkeit zuvorkommen solle. Sondern es wird, wie aus dem Folgenden erhellet, unter dem Ausdrucke: Fallissement, nur der Ausbruch des förmlichen Concurs-Processes verstanden. Die Anstalten sind getroffen die Masse aussergerichtlich zu constituiren und durch einen Accord zu beendigen. Eben so ist zu verstehen, was von der Verhütung der Nachtheile des Concurses gesagt

wird. Wenn der Concurs-Proceß nicht zu vermeiden ist, so soll den Nachtheilen, die dieser sonst mit sich führte, nach Möglichkeit zuvorgekommen werden. Der Staat macht sich nicht anheischig die Nachtheile gut zu machen, die der Concurs an sich selbst hat, sonst müßte der Staat das deficit der Masse ersetzen.

Obgleich auf diese Weise nicht mehr versprochen ist, als hat geleistet werden können; so kann man doch nicht in Abrede seyn, daß der Staat wirklich dazu beytragen könne, überhaupt den betrügerischen und boshaften Fallissementen zuvorzukommen; und daß dies wirklich in der neuen Falliten-Ordnung geschehen ist. Der Staat wirkt hier mittelbahr, dadurch nemlich daß er durch Anstellung einer strengen Erforschung des schuldnerischen Vermögens-Zustandes, es dem betrügerischen Schuldner unmöglich macht, etwas an die Seite zu schaffen. Und dadurch jedem, der sonst die Absicht hat sich durch betrügerischen Bankerott zu bereichern, die Lust hierzu benimmt. Ferner, indem der Staat den boshaften und nachläßigen Falliten mit der gebührenden Strafe, ohne Unterschied, belegt.

Jetzt wird es mir erlaubt seyn die Frage aufzuwerfen: sind die oben genannten Maaßregeln wirklich die richtigen um den Zweck, die Erhaltung des Credits, zu erreichen? Konnte nicht noch mehr geschehen? — Offenbahr würde, wenn der förmliche Concurs-Proceß ganz verboten wäre, die zweyte Bemühung die Nachtheile desselben zu verhüten, gar nicht nöthig gewesen seyn. Warum also, ist der Concurs-Proceß, da er anerkannt Nachtheile bey sich führt, noch erlaubt? Schwer-

lich läßt sich eine andere Antwort darauf geben, als: weil strenge Rechtsgelehrte behaupten, der förmliche Proceß gehöre zu den wohlerworbenen Rechten der Gläubiger, und müsse, wenn der größere Theil es verlangt, ihnen gestattet werden. Ich sehe nicht ein, warum, wenn den Gläubigern durch ein aussergerichtliches einfacheres Verfahren eben das geleistet werden kann, was durch den förmlichen Proceß geleistet wird, ihnen an ihren Rechten etwas genommen würde wenn das einfachere Verfahren allein gestattet wäre. Der Satz, daß sonst jedermann nach Stadt-Rechten, ohne weitere Ursachen anzugeben, zu Gericht provociren könne, ist keinesweges entscheidend. Denn einmal ist ja hier nicht von einer eigentlichen Streitsache die Rede; und dann läßt sich auch fragen, ob es nicht gut wäre, die Befugniß hier zu nehmen. Aber, warum soll man es verschweigen daß jene Behauptenden eine eigennützigere Absicht bey dem Verlangen nach dem Concurs-Processe, haben. Hier erhalten nemlich die ältesten hypothecarischen Gläubiger zum vollen bezahlt, die chirographarischen gewöhnlich nichts; bey dem Accorde hingegen leidet jeder einen Abzug, alle tragen den Verlust. Daher ist alles was man zugeben will, daß die hypothecarischen Gläubiger durch die Stimmenmehrheit gezwungen werden könnten, den Accord gelten zu lassen. — Mich dünkt, wenn das Gesetz befehlen kann, daß die hypothecarischen Gläubiger sich die Stimmenmehrheit gefallen lassen sollen, so kann es auch befehlen, daß die erwähnte Vertheilung der Masse ohne Zustimmung statt haben solle. Um so mehr, da ja diejenigen welche in dem Concurs-Processe

ihren Vortheil finden, immer geringer an Zahl seyn werden, als die andern welche nur durch den Accord zu einer Bezahlung kommen; also die ganze Sache nicht viel mehr als eine Gedanke ist, der nicht zur Wirklichkeit kömmt. Jener Umstand bewirkt auch in Hamburg das Gute, daß es nie zu einem Concurs-Processe kömmt, sondern immer die Stimmenzahl für den Accord da ist. So lange die neue Falliten-Ordnung im Gange ist, hat man noch kein Beyspiel von einem förmlichen Concurs-Processe gehabt.

Ich habe schon oben in der Geschichte der Falliten-Ordnung die Ursache erwähnt, warum die Gesetzgeber, den Concurs-Proceß noch offen gelassen haben mögen, nemlich um die Meynungen der Menschen zu schonen. Sie hatten die Absicht, zum Besten der Handlung den Verlust auch auf die hypothecarischen Gläubiger zu legen, und mußten daher diese erst an den Verlust gewöhnen indem sie ihnen noch eine bessere Hoffnung offen ließen. Jetzt vielleicht würde man in dieser Sache, nicht mehr einen Umweg nehmen; sondern, wie es bey einer gewissen Grösse der Masse in der gegenwärtigen Falliten-Ordnung (Art. 50.) geschehen ist, den Accord immer befehlen.

Es folgt nunmehr in der Vorrede 1) die Anzeige der Maaßregeln welche den Concurs-Proceß verhindern und den Accord vorbereiten sollen; die Constituirung der Masse durch auffergerichtliche Mittel. Einer Erwähnung hätte meines Bedünkens noch die Befugniß der Curatoren verdient, daß sie wenn sie mit dem Auffinden der zur Masse gehörigen Güter nicht fertig werden können, sich der Hülfe des Arrestatorii bedienen können, ohne

daß deßwegen der Concurs gerichtlich werde. Die Beurtheilung der Maaßregeln selbst, werde ich bey den Artikeln vornehmen.

Ferner folgt 2) die Anzeige der Maaßregeln um den Gläubigern den Accord annehmlich zu machen; und die Bemerkung, daß mit den Gläubigern darüber unterhandelt werden müsse, wenn nicht die Masse von der Beschaffenheit ist daß der nothwendige Accord statt hat.

Sehr oft wird der auswärtige chirographarische Gläubiger bey einer hamburgischen Masse, und vielleicht auch oft der hiesige Bürger, nicht wissen, wie ihm geschieht, wenn, nachdem über die Berichtigung des Creditwesens schon einige Zeit vergangen ist, ihm die Wahl zwischen dem Accorde und dem Concurs-Processe vorgelegt wird. Weil jeder, nicht umständlich von der hamburgischen Verfassung unterrichtete Mann, sich schwerlich auf das erste Wort einen Begriff von dem Unterschiede unserer gerichtlichen und aussergerichtlichen Instanzen bilden kann, und einsieht, was denn seine Befugniß zu Gericht provociren zu können, bedeute. Er wird bey der Anfrage zu glauben versucht werden, daß durch das bisherige Verfahren die Masse nicht gehörig liquidirt wäre, daß man durch den vorgeschlagenen Accord den Falliten zu begünstigen suche; und daher zu dem neuen ihm angebotenen Verfahren geneigt seyn, weil jeder Mensch durch neue Mittel eine Verbesserung seines Zustandes hoft. Aber sicher wird ihn seine Hofnung verlassen, wenn er erfährt, daß das bisherige Verfahren vollkommen gut ist, die Masse zu berichtigen; daß der gerichtliche Proceß sehr wahrscheinlich nicht mehr zum Besten der Masse herbeyschaffen könne,

sondern

sondern vielmehr, daß dieser Proceß die Sache noch in die Länge zieht, mehrere Kosten verursacht, und endlich, was das ärgste ist, daß er, der befragte chirographarische Gläubiger, den hypothecarischen Gläubigern als den ersten in der Reihe die bezahlt werden, die Masse lassen müsse, und vielleicht leer ausgehen könne. Er wird böse werden, daß man ihm noch den Vorschlag gethan hat. Indeßen gehört die Anfrage über die Sache, weil die hypothecarischen Gläubiger bey dem Processe ihren Vortheil finden, zu den Rechten der Gläubiger; und der Chirographar muß ja nicht stillschweigen, sondern für den Accord ausdrücklich stimmen, sonst ist er in Gefahr, daß die ältern hypothecarischen Gläubiger den Proceß bewirken. Je mehr Vortheile indeß die Buchschuld (die chirographarischen Gläubiger) bey dem Accorde genießt, um so mehr wird es eines Beweises bedürfen, daß den Hypothec-Forderungen durch den Accord kein Unrecht geschieht. Ich beweise dies damit, weil 1) der hypothecarische Gläubiger überzeugt seyn kann, durch das auffergerichtliche Verfahren, werde wie schon erwähnt, die Masse auf eine Art liquidirt, die keines Zusatzes bedürfe. Die in der Falliten-Ordnung getroffenen Anstalten heben die Besorgnisse darüber, ob auch wohl alle zur Masse gehörigen Güter an den Tag kämen, und daß eine ungerechtfertigte Forderung bey der Masse bliebe. Die Rechtlichkeit der auffergerichtlichen Instanzen bürgt schon dafür, und der Gebrauch, der bey dem auffergerichtlichen Verfahren von dem Arrestatorio und dem Proclame gemacht werden kann, und den Umständen nach gemacht wird, giebt die völlige Gewißheit.

2) Weil durch den Accord keinesweges der Vortheil des Falliten beabsichtiget wird. Es ist ein Vorurtheil, daß wenn ein Accord statt hat, der Schuldner nicht alles herzugeben brauche, um seine Gläubiger zu befriedigen. In Hamburg wenigstens behält der Fallite bey dem Accorde, wovon hier die Rede ist, nichts weiter übrig, als was vielleicht eine besondere Großmuth der Gläubiger ihm läßt; und der Fall ist nicht selten, daß der Fallite bey dem Accorde in die äuserste Dürftigkeit geräth. Die einzige Wohlthat, die dem Falliten nothwendig durch den Accord geschieht, ist, daß seine Sache früher zu Ende kömmt; und diesen Vortheil werden ihm die Gläubiger ja gönnen, da es zugleich der ihrige ist. Alles obige wird auf das bestimmteste durch die Falliten-Ordnung bewiesen, indem, wie unsre Vorrede darauf hinweißt, der Fallite durchaus sich nicht anmaßen darf, ohne Mitwissen seiner Curatoren, auch nur den Accord zu suchen, um so weniger daher, denselben zu Stande zu bringen.

3) Habe ich die Rechtmäßigkeit des Verlustes zu vertheidigen, den die hypothecarischen Gläubiger durch den Accord erfahren sollen. In der That, wenn man auf die Vorzüge der Hypothecarien, womit sie im römischen Rechte ausgestattet sind, sieht; so wird man sehr versucht, ihnen nach strengem Rechte, die Befugniß einzuräumen, von einem Accorde mit den Chirographarien nichts hören zu dürfen. Und an einen Accord nicht eher zu denken, als bis diejenigen Gläubiger, die aus der Masse volle Bezahlung erlangen können, völlig bezahlt sind.

S. die Rechtsgelehrten welche von dem pacto remissorio handeln, besonders J. H. Böhmer de pacto remissorio, moto concursu § 89. in Exerc. ad ff. Tom. 5.

Fragt man aber nach dem Vernunft-Ursprunge dieser Vorzüge, so wird man vielleicht die allgemeinen Hypothecarien überall nicht billigen mögen. Die Sache verdient es wohl, ihr eine etwas umständliche Untersuchung zu widmen.

Das Recht der Hypothek ist, die auf Güter des Schuldners gelegte Bedingung, daß dieselben dem Gläubiger die Befriedigung geben sollen, wenn die Schuld nicht sonst gebührend bezahlt wird.

S. Westphals Pfandrecht § 6.

Aus dieser aufgelegten Bedingung folgt, wenn anders die Hypothek nicht ein Unding seyn soll, daß einmal die Güter die Eigenschaft zur Sicherheit zu dienen, wirklich an sich haben, zweytens daß sie diese Eigenschaft behalten müssen. Zu dem ersteren gehört, daß die Güter sich wirklich frey befinden, und nicht schon von älteren ausdrücklichen oder gesetzlichen stillschweigenden Hypotheken belastet seyn müssen. Zu dem zweyten, daß der Schuldner sich der belasteten Güter entweder gar nicht, oder wenigstens nicht anders, als mit Begleitung der Hypothek entäußern dürfe.

Beyde Eigenschaften finden sich bey den speciellen Hypotheken auf liegenden Gründen, zumal wenn die Sicherheit unter öffentlichem Ansehen in Hypothek-Büchern niedergeschrieben ist. Da kann der Gläubiger erfahren, in wieferne ihm die zugesagte Sicherheit wirklich geleistet werden könne, (doch muß man auch hier die Einschränkung machen, daß nicht stillschweigende gesetzliche

liche Hypotheken da wären, welche dieser Schuld vorgehen.) Und das erlangte dingliche Recht ist dem Hypothecar nun so gut wie ein wirkliches Eigenthum an der Sache. Er hat also, wenn auch das Gut einen neuen Herrn bekömmt, noch immer die nehmliche Sicherheit.

Ganz anders ist es mit den allgemeinen Hypotheken, in so ferne sie auf bewegliche Güter gehen; denn auf unbewegliche Güter nehmen sie die Natur der speciellen Hypothek an. Es fehlen den Hypotheken auf bewegliche Güter durchaus die Eigenschaften einer gehörigen Hypothek. Einmal ist keine Gewißheit über die Freyheit des Vermögens. Denn besonders ein Kaufmann kann ja lauter fremdes Gut, das er auf Credit genommen hat, in seinem Lager haben. Und zweytens, was noch wichtiger ist, die beweglichen Güter leisten keine bleibende Sicherheit. Bekannten Rechten nach, darf der Schuldner diese Güter veräussern, ohne daß die Hypothek an den neuen Eigenthümer überginge; er kann den Werth der Güter verringern, und damit anfangen was er will, ohne daß der Gläubiger vermögend wäre ihm unmittelbahren Einhalt zu thun. Nichts ist demnach gewisser, als daß die Hypothek auf bewegliche Güter, als Hypothek ein Unding ist. Man hat nur mit der Clausel: sub hypotheca bonorum ein Wesen erfunden, daß weiter keinen Character hat, als den, einen Gläubiger, ohne Verdienst, über den andern zu erheben. Und Büsch hat also sehr recht, wenn er in der

Darstell. der Handl. 1sten Th. Cap. 4. §. 3.

sagt: alle Obligationsschulden, wenn auch die Verschreibung die Clausel: unter Verpfändung meiner Güter,

ent-

enthielte, gründe sich auf den persöhnlichen Credit. — Der Grund den die Bedingung der hypotheca bonorum hat, soll in der Erklärung der Gläubiger liegen, nicht bloß auf die Persohn, sondern auch auf die Güter des Schuldners, Hinsicht zu nehmen. Aber, wer wird wohl behaupten mögen daß dies nicht allemal der Fall, bey jedem Gläubiger wäre. Sicher nimmt niemand einen Wechsel ohne vorher überdacht zu haben, ob der Schuldner auch Geld genug besitzen möge den Wechsel zu bezahlen, obgleich hier die Verhaftung der Persohn besonders Rechtens ist. Der Gläubiger der die Hypothek nicht bedingt, unterscheidet sich demnach von dem hypothekarischen nur darin, daß er seine Meynung nicht ausdrückte. Und ungeachtet es sonst eine Regel ist, daß das Natürliche sich von selbst versteht, so muß hier der Gläubiger um die Unterlassung eines Ausdruckes willen, leiden. Ich schweige davon, ob die Sache in nicht handelnden Staaten gerechtfertiget werden mag; so viel ist leicht zu begreifen, daß wo das Vermögen der Bürger größtentheils in liegenden Gründen besteht, wie dies auch bey den Römern der Fall war, die Hypothek auf die beweglichen Güter wenig Schaden thut. Allein in einem Handelsstaate, wo eben das Vermögen der Bürger in beweglichem Gute besteht, und daher viel Schaden angerichtet werden kann, dies Recht zu gestatten das auf die Unbehutsamkeit einiger Gläubiger gebauet ist, widerspricht meiner Ueberzeugung.

Es ist neulich ein Buch herausgekommen:

Beyträge zu einem vernünftigen Denken und Verfahren in Rechtsangelegenheiten. Berlin 1795.

worin

worin ich zu meiner großen Zufriedenheit (im 2ten Hefte) gleiche Sätze finde, als meine eben vorgetragenen sind. Das Buch verdient sehr, gelesen zu werden; der Verfasser eifert dagegen, daß die durch öffentliche Auctorität eingeschriebenen Hypotheken so oft durch die bis dahin unbekannten gesetzlichen Hypotheken vereitelt werden. Er wünscht daß keine andere gelten möchten, als ausdrückliche und specielle, und behauptet, daß diese ein bedingtes Eigenthums-Recht geben. Die allgemeinen Hypotheken tadelt er.

In dem hamburgischen Hypotheken-Rechte ist auf eine merkwürdige Art darauf Hinsicht genommen, daß der Kaufmann, als solcher, sich die Hypothek gewöhnlich nicht bedingt. Es wird daher die Hypothek, die eine Absonderung von den Ansprüchen der übrigen Gläubiger bewirken soll, und welche durch Einschreibung in das Hypotheken-Buch der Stadt, unter öffentlichem Ansehen, erlangt wird, nur auf unbewegliche Güter angenommen. Dadurch ist die wahre und beständige Hypothek zum Vortheil der Börse nur auf weniges eingeschränkt, weil der Kaufmann, als solcher, kein beträchtliches Vermögen in liegende Gründe stecken kann. Um nun den kaufmännischen Gläubigern den Vortheil, das bewegliche Gut ganz zum Gegenstande ihrer Bezahlung zu haben, zu lassen, hätte man freylich der Clausel sub hypotheca bonorum keine besondere Wirkung gestatten sollen. Aber das ist nicht geschehen; sie hat ohne weitere Formalität fast dieselbe Wirkung wie jene eingeschriebene specielle Hypothek. Es trift dieser Clausel daher alles das Böse, was ich oben gesagt habe. Allerdings ist der

Kauf-

Kaufmann befugt, die hypothecarische Clausel da wo er Credit giebt ebenfalls zu gebrauchen; allein die Erfahrung lehrt, daß er nicht gut findet sie zu gebrauchen, und dadurch ist denn der Nachtheil, der aus dem hypothecarischen Vorzuge folgt, für die Börse vorhanden. Der Darleiher, der sein Capital auf Zinsen ausgiebt, erhält die Hypothek; indeß wird diese Aufnahme fremden Geldes nicht kund, und nimmt oder modificirt wenigstens den Credit nicht, sondern der andere Kaufmann wird durch den grössern Umfang, den jetzt die Handlung des Anleihers erhält, verführt, diesen für vermögender zu halten. Es wird diesem mehr creditirt, er ist im Stande unternehmender zu handeln; und wenn die Unternehmungen unglücklich ausfallen, wenn er brechen muß und die kaufmännischen Gläubiger nun das Ihrige zu retten gedenken; so kömmt es zur Sprache, daß der Fond der Handlung fremdes Geld gewesen ist, welches jetzt den Vorzug hat und den besten Theil der Masse verzehrt.

Man fragt vielleicht: warum gebraucht der Kaufmann die hypothecarische Clausel nicht? — Zwey Ursachen halten ihn ab, erstlich: sie wird ihm wenig nütze; zweytens: sie macht ihm Weitläuftigkeit. — Die hypothecarische Clausul nützt nur, wenn einzelne sie für sich haben; haben alle Gläubiger sie, so ist keinem geholffen. Vielmehr machten die Kaufleute, wenn sie alle ihre Forderungen mit der hypothecarischen Clausel versähen, das Uebel noch ärger. Denn einmal, wenn die hypothecarischen Forderungen nach dem Alter völlig befriediget werden, so würde, was der Börse so sehr zuwider ist herauskommen, daß kein Theil der Masse da wäre, der auf

alle

alle kaufmänniſche Gläubiger gleichmäßig vertheilt würde. Jeder der ſich der Clauſel bediente, müßte beſorgen einer der jüngeren zu ſeyn, die nichts erhielten. Und zweytens, wenn es dabey bliebe, daß die Hypothecarien nur in zwey Claſſen getheilt würden, und accordmäßig Befriedigung annähmen; ſo wäre dadurch, daß die Kaufleute, alle hypothecariſche Forderung hätten, bewirkt, daß die zinsbar angeliehenen Pöſte in die erſte Claſſe kämen, demnach wäre deren Zuſtand nur gebeſſert worden. Indem die kaufmänniſchen Forderungen ja nur auf kurze Zeit creditirt werden, auf einige Monate höchſtens, Darlehne hingegen gewöhnlich auf mehrere Jahre, und daher ſehr bald älter werden, als was der Kaufmann creditirt. — Ferner geben ſich die Kaufleute nicht gerne mit der mehreren Weitläuftigkeit ab. Sollten ſie bey Entſtehung jeder Forderung noch auf die beſondere Sicherheits-Clauſel denken; ſo würde dies einen verdrießlichen Aufenthalt in den Geſchäften geben. Es müßte doch für den Beweis der Clauſel geſorgt und darüber etwas niedergeſchrieben, oder gar Zeugen herbeygeholt werden.

Wollte man auf dies letztere antworten: da hätte ſich die Kaufmannſchaft den Schaden ſelbſt beyzumeſſen; — ſo würde dies nur eine unrichtige Beurtheilung deſſen, was die Geſetzgebung dem Stande, der den Staat ernährt, ſchuldig iſt, verrathen. Die Geſetze müſſen nach der Handlungsweiſe der Bürger abgefaßt werden, und die Geſetzgeber haben fürwahr nicht das Wohl der Bürger befördert, wenn ſie den guten Glauben zurückſetzen, indem ſie Vorſichts-Maaßregeln nothwendig

machen;

machen; sie müssen vielmehr dem guten Glauben eine Stütze geben, indem sie die Ursache zu der Vorsichts-Maaßregel heben.

Ich frage nach diesem allen: warum haben die Urheber der Falliten-Ordnung, die hypothecarischen Vorzüge beybehalten? (denn daß sie den Nachtheil von dem ich geredet habe, nicht eingesehen hätten, bin ich nicht so einfältig zu meynen.) — Ausser dem Grunde, daß die Neuerungen nicht zu stark auffallen sollten, sind es wohl zwey Ursachen gewesen die hierzu bewogen haben. Einmal der Wunsch, der Börse Capitalien zu niedrigen Zinsen von den Rentenirern zu verschaffen; und zweytens, das Mitleid mit dem Rentenirer, den der Verlust doch harter drückt als den Kaufmann. Büsch der die Vorzüge der Hypothecarien gleichfalls nicht gerecht findet, mißbilligt doch jene Beweg-Ursachen nicht ganz.

S. Darstell. der H. 2ten Th. Abschn. von den Bankerotten §. 10. und Handl. Bibl. 1sten Band. Abschn. Vom Wechsel-R. §. 33.

Indeß läßt sich doch manches wider jene Gründe einwenden. Vielleicht ist die Gefahr es würde dem Kaufmanne schwer werden Capitalien zinsbahr aufzunehmen, nicht groß. Der Capitalist, der sein Geld an die Börse giebt, weiß es, daß sein Schuldner dem Unglücke unterworffen ist; er berechnet also die Gefahr, und setzt sich aus, sowohl 1 als 99 pCt. zu verliehren. Denn etwas weiteres als daß er 50, oder wenn er in die erste Classe kommen kann, daß er 100 pCt. mehr als der Chirographar erhalten werde, kann er doch nicht herausbringen; wie groß die Masse im Falle der Schuldner brechen würde, seyn werde, ist unmöglich vorher zu sehen.

Unausbleiblich wird ferner, wenn die Capitalisten ihr Geld an die Börse zu geben schwierig sind, die Concurrenz, die Gelder in liegende Gründe zu geben, grösser werden; die Zinsen werden hier fallen, und es wird nicht lange währen so bietet der Capitalist doch wieder sein Geld der Börse an, indem er lieber etwas mehr wagt als so niedrige Zinsen zu nehmen. Uebrigens wenn denn auch der Kaufmann etwas höhere Zinsen geben muß, so gewinnt er wieder durch den bessern Accord den er für seine Forderungen in Fallißementen erhält.

Was den zweyten Grund betrift, so ist es ohne Zweifel Pflicht des Staates sich mit dem Schicksahle der Rentenirer zu beschäftigen, und laut des Eingangs der gegenwärtigen Vorrede, ist hierauf besonders die Absicht der Gesetzgeber gerichtet gewesen. Nur kömmt es darauf an, wie die Vereinigung dieser Absicht mit der Gerechtigkeit geschehen kann. Daß die beygesetzte hypothecarische Clausel keine gerechte Ursache zum Vorzuge giebt, ist der Satz auf dem ich meine ganze Ausführung baue; ich nehme diesen also als erwiesen an, und frage: haben die Darleiher noch etwas anderes aufzuweisen, "als daß sie den Verlust schmerzlich empfinden," um aus der Masse mehr als die Kaufleute zu erhalten? Man behauptet sie haben ein Verdienst um die Börse, ihr Geld in die Handlung gegeben zu haben; und weil das Darlehn längere Zeit stehen bleibt, als was der Kaufmann creditirt, so wäre ihre Gefahr grösser. — Ich gestehe diesen Gründen ihr Gewicht nicht absprechen zu mögen, und daß mich dünkt, das Gewicht derselben werde zwar durch

den

den Gegengrund: dafür haben die Darleiher auch die Zinsen genossen, — etwas gehoben, aber nicht aufgewogen. Diese Gründe mögen also immer zu einiger Stütze des Verlangens dienen, den Darleihern vorzüglich zu helffen. Indeß bleibt doch der Hauptgrund für die Darleiher, „daß der Verlust ihnen schwer falle,„ immer ein politischer Grund, also ist die Frage noch nicht beantwortet: ist der Vorzug den die Politik geben will, erlaubt? Es würde sehr schwer seyn den verlangten Vorzug mit Befriedigung wider die Ansprüche der Gerechtigkeit zu rechtfertigen, hätte nicht Kant

Zum ewigen Frieden. S. 103.

ein Princip angegeben, das allen politischen Maximen zur Probe dient, ob sie nach der Gerechtigkeit zu verwerffen oder anzunehmen sind. Es ist die Frage: ob die Maximen Publicität annehmen. Lassen sie sich laut sagen, so stehen sie auch mit dem Rechte des Publicums in Eintracht. Muß aber die wahre Absicht verhüllt werden, weil die Erreichung des Zweckes, wenn er bekannt wäre, nur Widerspruch, nicht Beförderung finden würde; so ist es sicher daß die Maxime mit der Glückseeligkeit des Publicums unvereinbahr ist.

Zum Glücke hält das obige Vorhaben, die Begünstigung der Darleiher, die Probe aus. Es kann laut gesagt werden, daß es billig ist, den Verlust der Rentenirer zu mildern; die Maxime wird Beyfall finden, da auch der Staat unvollkommene Pflichten der Billigkeit, den Bürgern schuldig ist.

S. die Abhandlung: Ueber die Landesverweisungen, in der deutsch. Monatsschrift. August 1796.

Auch ist die Maxime: den weniger leiden zu lassen der weniger leiden kann, schon anderswo entdeckt; im Art. 22 F. O; wo die Arbeiter des Kaufmanns persönlich privilegirt sind. Und jedermann wird den wohlwollenden Hang in sich fühlen, dieser Verfügung Beyfall zu geben.

Wenn es demnach gebilligt werden muß den Rentenirern Vorzüge zu gewähren, so kommt es auf die Art an, wie die Vorzüge gewährt werden. Das erste Erforderniß ist, daß die Maaßregeln keinem Mißbrauche unterliegen, und nicht von demjenigen zu seinem Vortheile angewandt werden, der nicht in dem Verhältnisse steht, die Vorzüge sich zueignen zu dürfen. Die hypothecarische Clausel ist eine solche Maaßregel die zum Mißbrauche Gelegenheit bietet; auf sie macht jeder Anschlag der sie erreichen kann, ohne daß man sonst diesen Gläubiger der Vorzüge würdig erkennen möchte. Also muß eine andere Maaßregel gefunden werden. — Das zweyte Erforderniß ist nicht zu viel zu thun; sondern ein billiges Verhältniß zwischen den kaufmännischen Forderungen und denen der Rentenirer zu setzen. Weder die Eintheilung in ältere und jüngere Hypothecarien, noch der grosse Vorzug, daß nehmlich jene 100 pCt. mehr erhalten als die Buchschuld, welches in dem Rede stehenden Theile der Vorrede, als billig angezeigt wird, können wohl völlig gerechtfertiget werden. Die Eintheilung hängt zu sehr vom Zufälligen ab, und hat dann am wenigsten einen billigen Grund für sich, wenn eine und dieselbe, also an Alter, durchgehends gleiche Forderung in zwey Theile getrennt, und zur Hälfte mit 100 zur Hälfte mit 50 pCt. mehr, bezahlt wird. Die Grösse der Vorzüge ferner, kostet

den

den kaufmännischen Gläubigern eine Aufopferung welche das Prädicat billig wohl nicht mehr ganz zuläßt. — Doch verschiebe ich davon zu reden, was hierin zu wünschen wäre und welche Einrichtungen zu besserer Erreichung des Zwecks gemacht werden könnten, bis zu den Artikeln die von den Classen der Gläubiger handeln.

Die beyden folgenden Theile der Vorrede, wo zuerst von dem Concurs-Prozesse, und dann von der Behandlung der Falliten Nachricht gegeben wird; veranlaßen nicht weiter zu einer vorläufigen Betrachtung. Nur die Bemerkung sey mir erlaubt, daß die Versicherung von der Sorgfalt welche für den wirklich Unglücklichen getragen werden soll, Billigung in eines jeden Herzen finden wird, der da weiß, wie sehr einem Kaufmanne alle Mühe und aller Fleiß bey der Handlung nichts hilft, wenn einmal das Schicksahl ihm zuwider ist.

Noch folgt die Anzeige daß der 109 Artikel ein ganz besonderes Verfahren für die sogenannten kleinen Bankerotte enthält. Welches besondere Verfahren um so nothwendiger ist, da diese Bankerotte gewöhnlich keine kaufmännische sind. Indeß muß man in Acht nehmen, daß nur das Procedere, von dem bey den großen Bankerotten verschieden ist; nicht aber die Gesetze welche das Materiale bey dem Coucurse betreffen, verschieden sind.

Der Schluß der Vorrede enthält zuerst, die Bewahrung der Gerechtsahme der gesetzgebenden Gewalt, die Falliten-Ordnung zu ändern. Dann eine Ermahnung an die Bürger und Einwohner sich vor den Ursachen der

muth-

muthwilligen Bankerotte zu hüten, mit der Warnung der drohenden Strafen.

Endlich wird angezeigt, wann die Falliten-Ordnung in Thätigkeit gesetzt werden solle; wovon ich schon oben bey der Geschichte geredet habe.

Die letzte Clausel mit dem beygefügten dato, ist die bey den Mandaten gewöhnliche Clausel, um die Auctorität zu bewähren, und den Tag der Publication zu bestimmen.

Articulus I.

Was für ein Fallissement geachtet werde.

Wann entweder einer selbst sich insolvent erkläret, oder, nach ergangener Verurtheilung, und darauf erfolgter Hülfe, nicht pfandbar befunden ist, oder Frey-Zettel, Schulden halber, auf ihn erkannt sind, oder einer acceptirte Wechsel-Briefe von Nicht-Bezahlung gegen sich protestiren lässet, oder wann er seine Güter, zu Zeit, da auf Bezahlung in ihn gedrungen wird, heimlich wegbringet, imgleichen wann er seine Creditores privatim zusammen rufet, und ihnen einen Accord anbietet, und ein oder mehrere Creditores sich solchen anzunehmen wegern, oder sonst durch andre Umstände zur rechtlichen Vermuthung einer Insolvenz begründeten Anlaß giebet, so ist selbiger pro Fallito zu achten.

Die Zusätze der Deputation (S. die Geschichte der Falliten-Ordnung) zu diesem Art. sind folgende. Die Worte: "und ein der mehrere Creditores, sich solchen anzunehmen "wegern.„

"Acceptirte„ Wechsel. "Rechtliche„ Vermuthung.

Erläuterung.

Der vorstehende Artikel giebt die Umstände an, bey denen die Gläubiger berechtiget werden, ihren Schuldner als insolvent zu betrachten. Welches indeßen die Wirkung ist, die dieses pro Fallito achten, wie sich das Gesetz ausdrückt, hat, das sagt der Artikel nicht; es wird daher diese Sache einer weiteren Nachforschung bedürfen. Meine Frage ist diese: ist durch die obigen Anzeigen der Insolvenz, schon sogleich der Concurs eröfnet, oder bekommen die Gläubiger dadurch nur das Recht, die Eröfnung des Concurses zu fordern? Ich werde diese Frage erst mehr entwickeln, ehe ich sie beantworte.

Die Ursache aus welcher Concurs verhänget wird, ist sowohl Unzulänglichkeit des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger selbst, als Mangel an bereitem Gelde die andringenden Gläubiger zu bezahlen. Um bey der Unzahlfähigkeit zu dem Concurse zu kommen, wird zweyerley erfordert; erstlich muß die Unzahlfähigkeit offenbahr seyn, zweytens müssen die Gläubiger ihre Rechte geltend machen wollen. Hiermit ist das Recht der Gläubiger zur Verhängung des Concurses entstanden. Nun aber fragt sich: ist nach der Natur der Sache mit diesem Entstehen des Rechts zum Concurse das Concurs-Recht selbst, vorhanden? oder deutlicher: ist zur Bewirkung der letzteren das Zusammentreten der Gläubiger schon eine hinreichende Thatsache?

Dabelow in der systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger

ger *) im ersten Theile §. 9. behauptet, daß keine Thatsache weiter erfordert werde als die des gerichtlichen Andringens der Gläubiger; er setzt den Anfang des Concurses in den Zeitpunct: "da so viele Gläubiger sich "gegen den Schuldner mit ihren Forderungen gerichtlich "gemeldet haben, daß zur völligen Befriedigung der- "selben sein gegenwärtiges Vermögen nicht hinreicht." Dabelow verwirft dabey §. 9. alle die Meynungen der Rechtsgelehrten; die eine Thatsache des Richters zur Eröfnung des Concurses fordern, und nennt das den Anfang des Concurs-Processes, wenn der Richter sich der Sache annimmt. Die gemeine Meynung und die sehr angesehener Rechtslehrer

S. bey Dabelow selbst a. a. O. §. 8.

ist indeßen gegen ihn; sie fordert eine auszeichnende Thatsache zur Eröfnung des Concurses, wenn auch noch so viel Gläubiger sich gerichtlich gemeldet hätten, und die Insolvenz noch so sehr offenbahr seyn sollte. Ganz neuerlich hat Dabelow, an Burchard

in den Ephemeriden der Rechtsgelahrtheit, Rostock und Leipzig 1796. 1stem Hefte.

einen Gegner dieser Behauptung gefunden. Er sagt: der bloße Zustand des Vermögens des Schuldners, könne den Gläubigern die Verbindlichkeit von ihrer einzelnen Verfolgung des Schuldners abzustehen, nicht auflegen. — So richtig der Satz ist, so dünkt mich behauptet Dabelow jenes doch nicht, daß der Zustand des

*) Herausgekommen zu Halle 1792 und 95 in 3 Theilen.

Vermögens, die Sache allein ausmache. Er widerspricht vielmehr §. 7 diesem Satze.

Ueber die Thatsache zur Eröfnung des Concurses selbst, sind die Rechtslehrer der letzteren Meynung, wiederum uneins. Einige nennen dazu die Edictal-Citation, andere die Bestellung eines Curatoris bonorum, u. s. f. Walch

in der Diss. de compensatione in concursu creditor. Jenae 1770, und in dessen Controvers. j. civ. S. IV. cap. 3. membr. I. §. 1.

bestimmt den Anfang des Concurses in den Zeitpunct: da die Güter den Gläubigern übertragen sind.

Meine Ueberzeugung folgt der Behauptung Walchs, und meine Gründe sind die: weil die Uebertragung der Güter an die Gläubiger die einzige Handlung ist die bey einem Concurse nie ausbleiben kann, und weil sie die erste ist, welche gehörige Publicität erhält. Alle übrigen sind schwankend: wie die Erlassung der Edictal-Citation oder die Bestellung eines Curatoris bonorum, — oder haben keine Publicität: wie das Andringen der Gläubiger auf Bezahlung.

Es giebt also zwey Perioden der Insolvenz; einmal die, da der Concurs bevorsteht, zweytens die, da er ausgebrochen ist. Beyde Perioden unterscheiden sich durch den Eintritt sehr wichtiger Rechte. Sobald dem Schuldner seine Unzahlfähigkeit bemerkbahr wird, so gehört das vorhandene Vermögen eigentlich nicht mehr ihm, sondern seinen Gläubigern. Er hat also

nicht

nicht mehr freye Hand, an andere als an seine Gläubiger, Veräusserungen zu machen die sein Vermögen vermindern. Unmittelbahrere Beziehung auf die Rechte anderer, hat aber dieser Zustand des Vermögens nicht. Mit dem Eintritte der zweyten Periode, dem wirklichen Ausbruche des Concurses, entstehen hingegen nicht allein Rechte der Gläubiger welche auf dritte Beziehung haben, sondern auch Verbindlichkeiten der Gläubiger. Der Schuldner verliehrt alle Verfügung über sein Vermögen, und was er vornehmen möchte, ist nichtig. Die Gläubiger dagegen dürfen sich nicht mehr einzeln bezahlt machen, sondern müssen entweder an der Masse Theil nehmen oder ihre Forderung ruhen lassen.

Dabelow a. a. O. hat diese zwey Perioden auch,

S. das 3te Hauptstück;

allein da er den Concurs nur bevorstehend nennt bis Gläubiger die nicht mehr bezahlt werden können, gerichtlich andringen; so fängt ihm die zweyte Periode früher an, als die andern Rechtslehrer es zugeben.

Sehr passend könnten diese Perioden der Insolvenz, mit der Benennung: materieller uud formeller Concurs, unterschieden werden; die Deutlichkeit würde dadurch gewinnen. Allein man muß sich fast hüten diese Benennung zu gebrauchen, weil die Rechtslehrer nun einmal derselben eine Bedeutung beygelegt haben, die sie weder von theoretischem noch von practischem Nutzen seyn läßt. Nichts wie die Edictal-Citation scheidet, nach der Sprache der Rechtsgelehrten, den Concurs in beyde Theile. Gmelin

in seinem Buche: Vom materiellen Concurse.

sagt

sagt (im §. 8): "der Concurs sollte eigentlich schon "förmlich genannt werden, wenn der Richter die "Gläubiger in den Besitz der verschuldeten Güter "eingesetzt, sie sequestrirt, oder mit Arrest belegt; "allein die Rechtsgelehrten fangen den förmlichen "Concurs erst mit der Edictal-Citation an, ver- "muthlich deßwegen, weil diese ihm noch die be- "trächtlichsten Eigenschaften beylegt." — "Weil "aber so der formelle Concurs von dem materiellen "keine besondere Gattung wäre," fügt er hinzu, "so wäre die Eintheilung nicht logisch richtig."

Aus eben diesem Grunde verwirft Dabelow

a. a. O. §. 11.

die angegebene Unterscheidung des Concurses, ganz. Und freylich es wird wohl schwer halten, diese Benennung in dem Sinne, in welchem sie Gmelin für passend erklärt zu gebrauchen, weil man sich darüber, daß die Uebertragung der Güter die Eröfnung des Concurses ausmache, nicht vereinigen kann.

Ich werde jetzt, nachdem ich den Umfang der oben aufgeworfenen Frage gezeigt, und die allgemeinen Gründe zu ihrer Beantwortung aufgeführt habe, sie selbst, aus dem hamburgischen Rechte beantworten dürfen. Die Frage war: sind durch die Umstände der Unzahlfähigkeit, im 1sten Artikel, schon die Thatsachen da, welche den Concurs eröfnen? oder bestimmter nach meiner angenommenen Meynung: sind durch jene Thatsachen schon die Güter auf die Gläubiger übertragen? Nein, diese angegebenen Umstände, sind nicht die

That-

Thatsachen selbst die den Concurs eröfnen, sondern es wird mehr erfordert um dem Concurse das Daseyn zu geben. Ich führe den Beweiß dieser Behauptung durch folgendes:

1) „der Ausdruck im 1sten Artikel, der Schuldener „ist pro Fallito zu achten, ist unbestimmt.

Das Wort achten bedeutet nicht die Gewißheit einer Sache, sondern nur die Wahrscheinlichkeit derselben, und läßt also den Gegenbeweis offen. Sollten die Rede stehenden Umstände den Concurs wirklich constituiren, so hätte es heissen müssen: der Schuldner ist Fallit.

2) "Der 6te Artikel der Falliten-Ordnung giebt andre "Thatsachen, die den Concurs zur Wirklichkeit "bringen, an, als die Umstände sind von denen der "1ste Artikel spricht. Der 6te Artikel redet von "einer Wirkung die der Concurs haben soll: von "der Hemmung des Zinsenlaufes;„ die Zinsen "heißt es„ sollen bis auf den Tag der declarirten Insolvenz gehen; — und dann wird der Zeitpunct der declarirten Insolvenz auf den Tag gesetzt: "da der Debitor sich insolvent erklärt, "oder der Universal-Arrest erkannt, oder der "Schuldner gestorben ist.„ — Hier wird offenbahr keine Rücksicht auf die Umstände des 1sten Artikels genommen, und sie sind durch Bestimmung anderer Thatsachen die den Concurs eröfnen von dieser Wirkung ausgeschlossen.

3) "Der 10te Artikel spricht von dem decreto de "aperiundo concursu das erforderlich ist, um die

"Wir,

"Wirkung des Concurses: das Aufhören der beson-
"deren Executionen, herbey zu führen.„

Gäben die Umstände des 1sten Artikels schon dem Concurse alle Eigenschaften so wäre ja das Decret überflüssig. — Den Beweiß, daß das Decretum judicis die Hauptsache ist, und eigentlich erst dieses den Concurs eröfnet, (eine Sache die ich fest behaupte,) werde ich weiterhin führen.

4) „Der 2te Artikel §. 1 und 2. redet von dem Uni-
"versal-Arreste, den die Gläubiger,„ aus
"vor angeführten Ursachen (im Art. 1.)
"legen, und läßt diesen Arrest nicht einmal von
"Würden seyn, wenn die Gläubiger nicht in den
"nächsten Tagen auf das Concurs-Verfahren
"zu Rath antragen.

Wozu frage ich, bedürfte es eines Universal-Arrestes und demnächst des Gesuchs um das richterliche Concurs-Verfahren, wenn schon die Umstände in dem 1sten Artikel, den Gläubigern das volle Recht an das schuldnerische Vermögen, gäben? — Es ist also unwidersprechlich, daß die angegebenen Umstände keine Kraft haben den Concurs zu constituiren, sondern es ist sicher daß sie nur Ursachen sind zu vermuthen, es sey wesentlich Insolvenz vorhanden; so daß der Concurs erklärt werden könne.

Alles was die Gläubiger bey den befragten Anzeigen der Insolvenz ihres Schuldners thun können, ist, den Richter zur Untersuchung aufzufordern. Nun ist die Führung des Gegenbeweises dem Schuldner offen, und

nur

nur wenn er die Zahlfähigkeit nicht erweißlich machen kann, ist der Concurs zu erklären.

Die Verfahrungs-Art hierbey wird der Gegenstand meiner Betrachtung zum 2ten Artikel seyn; zum gegenwärtigen Artikel gehört noch die nähere Untersuchung der Insolvenz-Anzeigen. Worauf ich aber erst kommen werde, wenn ich zuvor von der Beschaffenheit der hamburgischen Rechte der Gläubiger bey der Insolvenz vor ausgebrochenem Concurse: daß die Geschäfte des Schuldners in dieser Periode nicht alle, volle Rechtsbeständigkeit mehr haben, — gehandelt habe.

Wie schon angemerkt worden verfügt der Schuldner, indem er nicht mehr oder gar weniger in Vermögen hat, als er schuldig ist, eigentlich über die Güter die seinen Gläubigern zukommen, wenn er eine Veränderung mit denselben vornimmt. Es lassen daher 1) die Rechte die Verfügungen nicht gelten die zum Betruge der Gläubiger vorgenommen sind. Dies geschieht durch die römische Paulianische Klage.

Nach hamburgischem Rechte kann 2) der Schuldner; auch schon vor ausgebrochenem Concurse nicht immer mehr gültig erwerben. Und dies ist eine Eigenheit des hamburgischen Rechts, daß es nicht will, daß die Masse mit dem Schaden eines Einzelnen verbessert werde; es erlaubt daher in mehreren Fällen die Vindication von Waaren die der Schuldner schon angenommen gehabt hat. Im Art. 24. 25. 27. der Falliten-Ordnung.

Endlich wehrt auch das hamburgische Recht

3) Dem Gläubiger, sich einen Gegenstand der Bezahlung auch vor ausgebrochenem Concurse in der Fremde zu suchen, Art. 10. Falliten-Ordnung. — Wieder eine Eigenheit des hamburgischen Rechtes.

Ich begnüge mich hier auf die Artikel verwiesen zu haben, und werde diese letzteren Rechte wenn ich zu den angegebenen Artikeln komme, erläutern. Gegenwärtig werde ich allein von den Gerechtsahmen die mit der Paulianischen Klage verfolgt werden, handeln; und zwar, indem ich zuerst das gemeine Recht darüber aus einander zu setzen, und dann was davon in Hamburg anwendbahr ist, zu zeigen, mich bemühe.

Bey der Paulianischen Klage kömmt es sehr auf römische Subtilitäten an, und es giebt daher Rechtslehrer die den heutigen Gebrauch derselben, allgemein läugnen.

S. bey Dabelow a. a. O. §. 3.

Die mehrsten dieser Rechtslehrer geben indeßen doch die Staatthabung der Sache zu, und so geht ihre Behauptung nur auf das Namentliche der Klage. Dies könnte man zwar gerne zugeben, wenn es nicht so leicht über die römischen Principien dieser Klage wegführte; über die man sich aber bey dieser sehr zarten Materie nicht wegsetzen darf, ohne entweder dem dritten, von dem vindicirt werden soll, oder, der Befugniß der Gläubiger zu nahe zu thun; denn beyde haben ja ein Recht auf die römischen Gesetze sich zu berufen.

Die Statthabung der Paulianischen Klage in Hamburg, ist ebenfalls eine Sache die von mehreren hamburgi-

burgischen Rechtsgelehrten geläugnet wird, und dies macht es mir wichtig, die Sache zu untersuchen.

Man kann dünkt mich, auf die Frage darüber nicht anders antworten, als wenn man erforscht, wie weit das römische Institut auf die örtliche Verfassung Hamburgs paßt. — Um denn die Untersuchung darüber anstellen zu können, wird es mir erlaubt seyn das römische Recht über die Paulianische Klage vorzutragen. Ich werde Dabelows angeführtes Werk, zum Leitfaden nehmen, da es die neueste und gewiß eine sehr vollständige Arbeit über die Rede stehende Materie enthält.

Die Paulianische Klage ist das Rechtsmittel, dasjenige zurückzufordern, was aus einem schuldnerischen Vermögen vor wirklichem Ausbruche des Concurses über dasselbe, zum Betruge und zum Nachtheile der Gläubiger veräussert ist. Die beyden Erfordernisse in dem aufgestellten Satze, — der Betrug und Nachtheil für die Gläubiger, — zeigen von selbst darauf hin wie der Zustand des Vermögens des Schuldners beschaffen seyn müsse, wenn man eine zur Zurückforderung geeignete Veräusserung annehmen kann. Das Vermögen nehmlich muß entweder schon vor der Veräusserung nicht mehr zur Befriedigung der Gläubiger zureichen, oder doch muß diese Veräusserung dasselbe unzureichend machen. Den Beweiß dieser Behauptung führe ich aus dem Gegentheile, daß es nehmlich ja von dem eigenen Vermögen des Schuldners abgeht, wenn er, ungeachtet einer für sein Vermögen nachtheiligen Veräusserung, noch hinlänglich übrig hat seinen Gläubigern gerecht zu werden.

Wie kann er sie betrügen, wenn sie nicht Nachtheil leiden?

Aus der obigen Bestimmung folgt nun weiter, daß der Betrug vereint mit dem Nachtheile da seyn müsse, wenn das Zurückforderungsrecht statt haben soll; die Absicht zu betrügen, wenn sie keinen Erfolg gehabt hat, indem die Veräusserung keinen Nachtheil bewirkt, giebt keinen Grund ab die Paulianische Klage anzustellen, denn hier ist ja nichts wieder gut zu machen. Darum giebt L. 10. §. 1. quae in fraud. creditor. die Paulianische Klage nur dann: si eventum fraus habuit. — Ob dagegen der Nachtheil durch die Veräusserung, auch von betrügerischer Absicht begleitet seyn müsse, wenn das Zurückforderungsrecht statt haben soll, erhellet aus der Sache selbst nicht; hier müssen wir die Gesetze befragen. Und diese bejahen die Frage; L. 1. §. 2. ff. l. c. erfordert den Betrug als unumgängliche Bedingung zur Klage.

Der Betrug bey der Handlung, wovon hier die Rede ist, läßt sich nun bey beyden contrahirenden Personen gedenken: bey dem Veräusserer und bey dem Erwerber der Sache. Es fragt sich daher: bey wem von beyden muß er vorhanden seyn, wenn die Paulianische Klage angestellt werden soll? Ich sehe hier den Erwerber für die Hauptperson an, und behaupte, wenn dieser bösen Glauben hat, so kann immer das Zurückforderungsrecht statt finden, ohne Rücksicht ob der veräussernde Schuldner sich in bösem oder in gutem Glauben befindet. Denn hingegen, wenn nicht der Erwerber, wohl aber der Schuldner in bösem Glauben ist, so kann die veräusserte

Sache nur zurück gefordert werden, wenn sie titulo lucrativo, als Geschenk, an den Erwerber gekommen ist; wenn sie hingegen titulo oneroso, gegen eine verhältnißmäßige Leistung, an denselben gekommen ist, nicht.

L. 6. §. 11. ff. quae in fraud. L. 5 et 6. §. 8. ff. ibid.

Es ist meiner Behauptung zufolge nicht nöthig, daß der Schuldner der Urheber der betrügerischen Handlung sey; und hierzu habe ich alle Gesetze des Titels der ff. quae in fraudem creditorum, auf meiner Seite, die ohne besonders den Schuldner anzusehen, sprechen, und allgemein die Handlungen verdammen quae fraudationis causa gesta sunt. Am bestimmtesten drückt sich der schon angeführte L. 6. §. 8. darüber aus:

> Hoc edictum, heißt es daselbst, eum coercet qui sciens in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat.

Wenn demnach ein dritter, den Schuldner, in der Absicht die Gläubiger zu betrügen, oder welches einerley ist, um sich einen Vortheil zu verschaffen, obgleich er weiß daß dies nicht anders als mit dem Schaden der Gläubiger geschehen kann, beredet, ihm titulo lucrativo oder oneroso etwas zu übertragen, so findet die Paulianische Klage statt, der Schuldner mag auch noch so sehr im guten Glauben gehandelt haben. Die einzige Schwierigkeit die man hierbey finden möchte ist die: wie ein dritter im bösen Glauben seyn könne, und der Schuldner nicht? Die ganze Sache aber wird durch das Beyspiel deutlich, wenn man sich den dritten als einen Factor des Schuldners denkt. Der Factor indem er die Geschäfte des Schuldners besorgt, weiß den Vermögens-

Zustand früher wie der Principal; er darf also diesen schlimmen Zustand nur verschweigen und indeß die Intrigue spielen, so ist er geeigenschaftet wie wir ihn hier haben wollen.

Um zu erkennen ob das zweyte Erforderniß der Paulianischen Klage, der Nachtheil der Gläubiger bey einem vorliegenden Falle vorhanden ist, bedarf es keines Bedenkens, wenn von einer Sache die titulo lucrativo übertragen ist, die Frage vorkommt; schwieriger aber ist es, wenn titulo oneroso die Sache veräussert worden. Da hier eine Gegenleistung geschehen ist, so zweifelt man mit Recht an der Befährdung der Gläubiger; denn wenn diese Gegenleistung nicht mit der hingegebenen Sache im Verhältnisse steht, so wird sie wie zum Theil geschenkt angesehen, und als Geschenk zurückgefordert.

Dabelow a. a. O. §. 99.

Und auch dann kann man ferner nicht sagen, die Veräusserung wäre zum Nachtheil der Gläubiger geschehen, wenn die z. B. von dem Schuldner verkaufte Waare nachher zufällig höher in Preiß ginge. Allein der Begriff der der nachtheiligen Handlung unterliegt, daß sie betrügerisch unternommen seyn müsse, weiset hier zurecht und darauf hin, daß bey der Veräusserung der Nachtheil zu erwarten gewesen sey, und daß es vielmehr zufällig komme, wenn der Nachtheil nicht eintrift. So, um bey dem vorigen Beyspiele stehen zu bleiben, muß das theurer werden der Waare, bey der Veräusserung gewiß vorauszusehen, oder gar ein Geheimniß des Käuffers gewesen seyn, (welches in Handlungsstädten mehrmals

der

der Fall seyn kann;) daher denn der gegebene Preiß, zwar der courante, aber den Umständen nach zu geringe gewesen ist. Oder ferner, der Besitz der veräußerten Sachen muß für die Masse von einem wesentlichen Vortheile gewesen seyn, ꝛc. Eines jeden Erfahrung wird indeß schon die Mannigfaltigkeit der Fälle am besten lehren, wann der Nachtheil der Gläubiger da ist.

Die Rechtsgelehrten gebrauchen bey der Lehre von den Handlungen wobey Betrug und Nachtheil der Gläubiger vorkommen kann, die Eintheilung der Handlungen in die: da des Schuldners Verfügung in einer Vermögens-Verringerung, und in die, da dieselbe in einer Nicht-Erwerbung bestand. Dabelow in seinem angeführten Werke §. 73. u. f. giebt den Begriff der Vermögens-Verringerung dahin an: sie geschähe, indem sich der Schuldner einer vollkommen erworbenen Sache, oder eines solchen Rechtes entschlage. — Alles auf diese Art Veräusserte kann mit der Paulianischen Klage (wenn versteht sich, die vorigen Bedingungen vorhanden sind) verfolgt werden, so — daß eine Sache oder deren Ersatz, von dem Erwerber derselben wieder gefodert werde, — daß eine erlassene Verbindlichkeit wieder in den vorigen Stand gesetzt, — oder daß ein erworbenes Anrecht des dritten an das schuldnerische Vermögen, getilgt werde.

Die Nicht-Erwerbung besteht nach Dabelows gegebenem Begriffe darinn: daß der Schuldner sich etwas zu eigen zu machen unterläßt, was ihm noch gar nicht oder noch nicht vollkommen erworben war. — Ueber diesen Begriff sind die Rechtsgelehrten

sich ziemlich einig; nur über das, was zu der nicht vollkommnen Erwerbung gehört, ist großer Streit. Dabelow rechnet dazu: ein dem Schuldner hinterlassenes Vermächtniß, und eine ihm ipso jure (d. i. nach Vorschrift der Rechte, ohne weitere Thatsache) zugefallene Erbschaft. Andere lassen dies nicht gelten, und rechnen das Vermächtniß und die ipso jure zugefallene Erbschaft zu den vollkommnen Erwerbungen. Sie berufen sich deswegen auf L. 77. §. 3. de leg. II. L. 14. de suis et legit. und L. 5. §. 8. ff. de reb. eor. qui sub tut., und behaupten, daß so wie das Vermächtniß und die Erbschaft fällig würden, sie einen Theil des Vermögens des bezeichneten Erwerbers ausmachten.

S. bey Walch Contrv. I. Sect. 4. Cap. 1. §. 5.

Dabelow behauptet seinen Satz hiergegen mit vielem Scharfsinne, er sagt: alles das, was ipso jure zufiele, wobey aber die Gesetze dem Erwerber das Recht gäben, zu repudiiren, wäre nicht vollkommen erworben, eben weil es repudiirt werden könne; es läge dadurch der Erwerbung ipso jure die Bedingung der Billigung des Erwerbers, zum Grunde. Er führt seinen Beweiß mit der L. 6. §. 4. ff. quae in fraud. worin gegen ein verschmähtes Vermächtniß, (und einem Vermächtnisse ist eine ipso jure übertragene Erbschaft völlig gleich,) die Paulianische Klage abgesprochen wird. Mit Dabelow stimmt Lauterbach

Coll. theor. pract. Tit. quae in fraud. §. 8.

überein, da er bemerkt, daß in dem angezogenen L. 5. §. 8.

§. 8. de reb. cor. qui — nur Begünstigung der Pupillen beabsichtigt werde.

Ueberhaupt würde man durch Statgebung des Gegentheils hier ein strengeres Recht gelten lassen, als was bey den Gläubigern der Väter gegen die Kinder rechtens ist; da diese wenn sie die Kinder belangen, doch erst derselben Einmischung in die Erbschaft beweisen müssen.

G. L. Böhmer in D. de haerede suo ab hereditate se abstin. et se immiscente §. 4. in Elect. I. Civ. Tom. I. und de Kampz in seiner Preisschrift de fundamento et limitib. obligat. liberorum ad facta parent. praest. Göttingae 1790. §. 6.

Ueber die Frage: ob diese, vor ausgebrochenem Concurse statt gehabten Richterwerbungen des Schuldners, von den Gläubigern zurückgerufen werden können, sind die Rechtsgelehrten sehr getheilter Meynung. Es versteht sich daß auch hier nur die Rede davon ist, wenn die Richterwerbung in fraudem Creditorum geschah; denn wenn sie bona fide von dem Schuldner geschehen ist, so ist die Frage ohne alles Bedenken zu verneinen, da ja auf diese Art geschehene Veräusserungen beständig sind. (Auch die Zweifel die man in Ansehung der hypothecarischen Gläubiger, als die durch die General-Hypothec ein Recht auf das zu erwerbende hätten, hier macht, sind unerheblich; die Gerechtsame dieser Gläubiger beschränken das Verfügungsvermögen des Schuldners durchaus nicht.) Die Meynungen der Rechtsgelehrten über die aufgeworfene Frage, sind dreyerley. Die einen behaupten das Zurückrufungsrecht unbedingt. Die andern, behaupten es bedingt.

Die dritten, sprechen den Gläubigern das erwähnte Recht ganz ab.

Die der ersteren Meynung, berufen sich auf die Billigkeit, und wollen mit der Novell. 135. cap. I. die ihnen deutlich widersprechenden Gesetze, als daß diese dadurch aufgehoben wären, widerlegen. — Mit Unrecht wird diese Novelle hier angezogen, denn sie entscheidet nicht über das was vor der Eröfnung des Concurses vorgegangen ist, sondern spricht von der Nichterwerbung nach eröfnetem Concurse. Man kann aber nicht von dem einen Zeitpuncte auf den andern schliessen, da in jedem, bey der gegenwärtigen Materie nicht weniger wie bey den übrigen, besondere Grundsätze statt finden. Ueberdies ist die angezogene Novelle nicht glossirt.

Da demnach den Gesetzen der Pandecten, die gegen die Nichterwerbung die Zurückforderungsklage verbieten, keine neue Verordnung im Wege steht, so wird ja auch der Grund der Billigkeit wohl mit der Novelle fallen. Es sind die hierher gehörenden Gesetze, der schon bemerkten L. 6. pr. und §. 2. quae in fr., ferner L. 20. eod., L. 134. de reg. I.

Die Rechtsgelehrten der zweyten Meynung, gestatten die Paulianische Klage darauf, wenn der Schuldner ein ihm schon deferirtes Recht, besonders eine ihm ipso jure zugefallene Erbschaft zurückgewiesen hat. Sie rechnen theils diese Fälle zu den Vermögens-Verringerungen, und berufen sich deswegen auf den L. 23. ff. de donationibus; theils wollen sie die oben angegebenen Gesetze, besonders den L. 6. §. 2. nur von den Fällen verstehen, da der Schuldner ein noch gar nicht

defe-

deferirtes Recht zu erwerben unterlassen hat, und schliessen: obgleich kein Gesetz die Zurückforderung hier ausdrücklich gestatte, so müsse die Billigkeit die Paulianische Klage gestatten.

Wenn es wahr wäre daß die verbietenden Gesetze nur von einer hereditate deferenda, nicht delata sprächen, wie Berger Oecon. I. Lib. 2. tit. 2. §. 34. n. 21. behauptet,

so hätte diese Meynung viele Gründe für sich, um ihr nachzugeben. Allein, leider! sprechen mehrere Gesetze zu deutlich das Gegentheil, als daß man es sich erlauben dürfte, dieselben nach Eingebung der Billigkeit auszulegen. Nicht allein der L. 6. §. 2. quae in fr. sondern auch der §. 4. daselbst, redet von einem repudiirten deferirten Rechte; ferner L. 19. 20. ibid. und L. 69. §. 1. ff. ad SCt. Trebell ebenfalls. — Im §. 4. L. 6. wird erlaubt ein Vermächtniß zu repudiren, und ein unbedingtes Vermächtniß, ist doch, wie schon gesagt, als wirklich deferirt anzusehen. L. 80. de legat. 2. L. 77. §. 4. de leg. 3. — In der L. 19. et 20. quae in fr. und in L. 67. ad S. Tr. ist von einem herede fideicommissario die Rede, der die Erbschaft ohne Rückhalt antritt, restituirt und die Falcidia nicht abzieht, um den Gläubigern die Vortheile nicht zu gönnen; doch kann die Paulianische Klage gegen ihn nicht statt haben. Und so ist es den Gesetzen nach gewiß genug, daß ein Schuldner alles was ihm angetragen wird wegweisen dürfe. Es vermag gegen die angeführten Gesetze der von den Gegnern erwähnte L. 23. de donat. nichts, wenn auch Modestinus darin die Entsagung eines

künftigen Erwerbes, Schenkung nennete. Aber der Fall in diesem Gesetze wird auch sehr falsch auf den Nichterwerb angewandt. Daselbst ist von den künftigen Zinsen die Rede, die ein Mann, dem, der ein Capital von ihm in Händen hat, schenkt. Dies wird mit Recht Schenkung genannt, denn die Zinsen eines Capitals, sind wie die jährlichen Früchte die eine Sache abwirft, anzusehen; und sich des Rechtes die Früchte zu geniessen entäussern, ist die Weggebung eines gegenwärtigen, vollkommen innehabenden Rechts; ein Recht das nicht durch den Willen des Andern auf mich kömmt, oder künftig bey der Zahlungszeit der Zinsen, erst sein Daseyn erreicht.

Zur Vertheidigung der dritten Meynung: daß die Gläubiger kein Recht hätten, Nichterwerbungen des Schuldners zurückzurufen; werde ich nichts hinzusetzen dürfen, da die Sache das Resultat aus dem vorgetragenen ist. Mehrere der angesehensten Rechtslehrer sind dieser Meynung:

Leyser, Medit. Sp. 492. m. 4.
Walch, Controv. I. civ. Sect. 4. cap. 1. §. 5. u. 6.

Es ist bey dieser Meynung indeßen immer die Bedingung, daß die Entsagung des Schuldners aufrichtig und vollkommen seyn müsse; die Sache ist nicht dieselbe, wenn er einem deferirten Rechte mit der Clausel entsagt: daß es einem andern übertragen werden solle. Freylich trägt sich dies oft, dem Wunsche des Entsagenden gemäß, von selbst zu, und die Ursache der Weigerung des Schuldners ist oft, daß er es weiß dies werde geschehen. So fällt eine vom Vater abgewiesene Erbschaft den Kin-

dern

dern zu, u. s. f. Der Satz der vorgespiegelten Nichterwerbung, ist aber dann nur anwendbahr, wenn dem andern aus dem Rechte des Schuldners (ex jure debitoris) die Sache zukömmt. Dies ist nicht bey einer abgewiesenen Erbschaft, diese überkommen die ferneren Erben aus eigenem Rechte; wohl aber in dem Falle da der Schuldner mit dem nachmaligen Erwerber unter der Decke spielt, und ein angebotenes Geschenk unter der Bedingung ausschlägt, daß es dem Andern gegeben werde: hier erhält der andere ex jure debitoris. L. 3. §. 13. de donat. inter vir. et vx. entscheidet diesen Fall deutlich.

Da bey den Handlungen wobey fraus creditorum vorkömmt, der verschiedenen Rechte wegen, nothwendig ist zu unterscheiden, ob die veräusserten Güter titulo lucrativo oder onerso auf den andern gekommen sind; so findet sich, wie der titulus acquisitionis anzusehen sey, zuweilen Bedenklichkeit. Ich will zur näheren Darstellung dieser Sache, den Fall aufführen den L. 25. §. 1. ff. quae in fr. enthält.

Wenn der Schuldner zur Zeit der Unzahlfähigkeit in fraudem creditorum seiner Tochter einen Brautschatz giebt, unter welchem Titel empfängt der Schwiegersohn diesen? Das Gesetz entscheidet: wenn der Schwiegersohn nicht um den Betrug gewußt habe, so könne keine Klage gegen ihn statt finden, indem er uxorem non dotatam nicht würde geheyrathet haben. Hier demnach besteht der titulus onerosus in der Uebernahme der Lasten der Ehe und der Ernährung der Frau, von Seiten des Mannes. — Aus diesem Beyspiele ist leicht zu er-

ersehen, daß immer die Begriffe des tituli lucrativi und oneroſi ſtrenge genommen werden müſſen; und daß, wo nur etwas verhältnißmäßiges geleiſtet iſt, für den titulum oneroſum geſprochen werden müſſe.

Bisher war davon die Rede, wenn der Schuldner mit einem dritten, einem Nichtgläubiger, zu thun hat; dieſer Materie knüpft ſich die Frage an: ob und wie ferne hat die Klage gegen einen Gläubiger ſtatt, wenn dieſer, des bevorſtehenden Concurſes wiſſend, ſich vor eröfnetem Concurſe bezahlt macht? Es wird demnach nun von dem Rechte der wachſahmen Gläubiger zu handeln ſeyn.

Wenn jus cogens an Seiten des Gläubigers gegen den Schuldner vorhanden iſt, ſo darf er ſich durch die ihm bewußte Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners nicht abhalten laſſen, ſich ſeine Bezahlung zu verſchaffen; vielmehr iſt ihm bey dieſem Zuſtande der Dinge, noch mehr Recht wie ſonſt, eingeräumt; die Geſetze begünſtigen den wachſahmen Gläubiger ſehr.

Aus der Natur der Paulianiſchen Klage ergiebt ſich ſchon von ſelbſt, daß ſie nicht gegen einen Gläubiger ſtatt haben könne. Er hat nicht den Betrug der Gläubigerſchaft bezweckt, ſondern nur einen ihm drohenden Verluſt abwenden wollen; er hat ſeine Forderung zu einer Zeit geltend gemacht, da noch nicht das Concurs-Recht eingetreten war. Es befugen ihn aber die Geſetze, nicht allein dahin, daß er durch rechtliche Mittel ſeine Bezahlung erzwingen dürfe; ſondern auch, daß er berechtiget ſey, das anzunehmen was ihm der Schuldner freywillig bringt.

L. 6. §. 7. ff. quae in fr.

Ja, wenn es gleich nicht erlaubt ist durch Privat-Gewalt sich selbst Recht zu schaffen, und auch bey einem bevorstehenden Concurse dies durch ein eigenes Gesetz eingeschärft wird;

L. 24. l. c.

so macht doch ein anderes Gesetz, wegen obwaltender Gefahr gewissermassen eine Ausnahme; der Gläubiger kann den flüchtigen Schuldner anhalten und ihm das Schuldige abnehmen.

L. 10. §. 16. eod. — abstulere, quod debeatur.

Nicht allein unmittelbahr von dem Schuldner darf ferner der Gläubiger sich bezahlt machen, sondern auch durch den Schuldner des Schuldners, durch Cession.

Man wendet hiergegen ein, daß der dritte, der sich eine Forderung an den Gemeinschuldner übertragen lasse, und dafür was er diesem schuldig ist dem ersten Gläubiger hingäbe, sich als wirklicher Schuldner benähme, und ohne Noth zahlte, da der wirkliche Schuldner vielleicht nicht würde gezahlt haben. Allein, da den dritten, der Zustand der Masse vor der Eröfnung des Concurses nicht angeht, so begreife ich nicht, welcher Rechtsgrund hier eine Handlung ungültig machen soll, die die Gesetze im allgemeinen für gültig erklären. Eine Handlung die sonst unwissend und wider Willen desjenigen gegen den die Forderung cedirt wird, geschehen kann.

L. 3. C. de hered. v. act. vend.

Es versteht sich die Rechtsbeständigkeit dieser letzteren Bezahlungs-Art unter der Bedingung, wenn die Zahlung

lung des Schuldners selbst, rechtmäßig gewesen seyn würde. — Und diese Bedingung: daß nehmlich das jus cogens da sey; werde ich jetzt mehr entwickeln. —

Ein jus cogens ist da, sobald Zeit und Umstände der Forderung die Eigenschaften geben, daß sie geltend gemacht werden kann. So kann ein allgemein hypothecarischer Gläubiger, beständig die Bestellung eines besondern Pfandes fordern, und jeder Gläubiger Zahlung verlangen, wann der Zahlungs-Termin seiner deutlichen Schuld herangekommen ist. Der Schuldner hat nun keine Ursache mehr nicht zu bezahlen, vielmehr hat er Ursache sich von der ihn drückenden Verbindlichkeit zu befreyen.

L. 21. ff. de peculio.

Das Recht heißt dem Schuldner also zu bezahlen, und dabey ist noch gar keine Pflicht für ihn da, auf die Vorzüge der Gläubiger Rücksicht zu nehmen. Er kann sowohl in baarem Gelde zahlen, etwas an Zahlungsstatt geben, als dem, der hypothecarischer Gläubiger ist, ein besonderes Pfand zur Sicherung geben.

L. 13. und 22. ff. quae in fr.

Von diesen der Natur der Sache so gemäßen Grundsätzen, wollen die Rechtsgelehrten einige Ausnahmen im gemeinen Rechte finden: „1) soll der Fißcus die angegebene Zahlung zurückrufen können, wenn er dadurch Nachtheil gelitten habe.„ Der Fißcus hat überall im gemeinen Rechte große Privilegien und auch dieses läßt sich nicht abläugnen.

S. darüber Oltze de creditore sibi vigilante §. 29.

„2) soll die Zahlung ungültig gemacht werden können, wenn

wenn der Gläubiger, durch Betrug und Hinterlist sich seine Bezahlung verschaft hat; nach dem L. 22. und 24. quae in fr.„

S. Dabelow a. a. O. §. 107. nota 94.

Hier aber muß ein sehr zusammengesetzter Fall gedacht werden, denn im allgemeinen kann man es dem Gläubiger nicht verdenken, wenn er klüglich zu Werke geht, und was ihn hindert seinen Zweck zu erreichen, zu entfernen sucht. Sonst wird das jus vigilantium zu sehr gebeugt.

"3) Soll die Zahlung zurückgerufen werden können wenn sie per gratificationem geschehen ist. — Dabelow a. a. O. §. 103 erläutert gratificatio dahin, sie sey: "eine vorzügliche Begünstigung eines Gläubigers vor dem andern.„ Die gratificatio setzt demnach voraus, daß mehrere Gläubiger gleiches Recht haben, und jus cogens zu ihrer Bezahlung für sie alle da ist; daß alle gleich stark auf ihre Bezahlung gedrungen haben, oder daß gar die Bezahlung an einen Gläubiger der weniger dringend gewesen, geschehen ist; so daß eine wirkliche Hintenansetzung anderer Gläubiger, von Seiten des Schuldners bemerkbahr ist; dann heißt es soll die Zahlung zurück gefordert werden können. Die Gesetze die diese Sache bestimmen, sind L. 6. ff. de reb. auct. jud. poss. und L. 24. quae in fr. Der Fall in diesen Gesetzen ist dieser: ein Pupill ward Erbe seines Vaters, bezahlte einigen Gläubigern, und enthielt sich dann der Erbschaft. Nun fragte sich, sind die geschehenen Bezahlungen rechtsbeständig? der Jurist antwortete: wenn sie per gratificationem tutorum geschehen: nein; sonst, ja. —

Aus diesen Gesetzen schließt man nun analogisch auf alle Fälle. Dabelow a. a. O. aus folgenden Gründen: die vorstehende Entscheidung beruhe nicht auf einem besonderen Grunde, sondern die allgemeine Billigkeit läge zum Grunde. Ferner: ein Schuldner mache sich bey den gegebenen Umständen verdächtig, die Gläubiger betrügen zu wollen; also werde die gute Meynung entfernt, die die Gesetze von dem Zahlung leistenden Schuldner hätten. — Dieser Behauptung ungeachtet nennt Dabelow den ICtum Joseph Fernandez de Retes — der in seinen Opusculis Lib. 3. ad L. 24. ff. quae in fr. (bey Meermann Thesaurus j. pag. 185.) das befragte Gesetz nur von dem darin enthaltenen Falle, verstanden wissen will, — den besten Ausleger dieses Gesetzes. Walch

in Diss. de jure prioritatis, in fraud. alior. credit. impetrato §. 16.

ist gleichfalls für die einschränkende Erklärung des Gesetzes. Wirklich scheint diese letztere Meynung der Sache die angemessenste zu seyn; denn wenn sich auch nicht ein befriedigender Grund, warum die per gratificationem tutorum geschehene Zahlung ungültig sey, auffinden läßt; so ist doch noch weniger Grund, überall die Bezahlung hier als eine ungültige gratificatio zu betrachten. Denn, ist eine freywillige Bezahlung an einen Gläubiger rechtlich, da wo kein Gläubiger drängt; so ist auch durchaus kein Grund eines mehreren Unrechts, wenn mehrere fordern und einer erhält Bezahlung. Etwas mehr hat die Zurückforderung des Bezahlten, von dem, der gar nicht auf Bezahlung drang, da andere

for-

forderten, für sich, weil dieser nachläßig gewesen ist. Allein auch dies ist nicht ganz zu rechtfertigen, weil dann eine Strafe der Nachläßigkeit geordnet wäre; da doch aus den Gesetzen sich nur die Regel ziehen läßt, daß die Gläubiger den Nachtheil ihrer Vernachläßigung tragen müssen, — creditores suae negligentiae expensum ferre debent. So viel ist wenigstens gewiß, daß die ganze Lehre eine sehr schwankende Lehre bleibt; und in der Praxis viele Schwierigkeiten findet, wenn auch die Lehre in den Gerichten aufgenommen ist.

Ich komme jetzt zur Erörterung des Satzes: daß es nicht rechtsbeständig sey, wenn eine Zahlung geschehen oder ein Pfand gegeben ist, da die Schuld nicht fällig war, und dem Schuldner keine Verbindlichkeit auflag dem Gläubiger Sicherheit zu geben.

Den Fall der zu frühen Zahlung entscheidet deutlich L. 10. §. 12. quae in fr. mit nein, die Zahlung ist nicht rechtsbeständig. Praetor fraudem etiam in tempore intelligit fieri; indem durch das frühere Bezahlen, der Gläubiger einen Vortheil genießt, zu dem er nicht berechtiget war.

S. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1789. 7te Betrachtung. S. 92.

Der zweyte Fall, da der Schuldner im unzahlfähigen Zustande, dem Gläubiger zur Sicherung einer Forderung ein Pfand bestellte, — hat, wegen der sich in diesem Puncte widersprechenden Gesetze, über seine Rechtsbeständigkeit zu entscheiden etwas mehr Schwierigkeit. L. 10. §. 13. quae in fr. sagt: si cui solutum qui-

dem non fuerit, ſed in vetus creditum pignus acceperit: hac actione tenebitur, vt est ſaepiſſime conſtitutum. Dawider heißt es im L. 13. eod. Illud conſtat, eum, qui pignus tenet hac actione non teneri. L. 22. eod. ſagt daſſelbe, mit dem Zuſatze: niſi in fraudem caeterorum factum ſit. — Nimmt man bey dieſen Geſetzen keine Rückſicht auf die Beſchaffenheit der Schuld, ſo iſt es auch der feinſten Sophiſterey faſt unmöglich die Geſetze zu vereinigen. Die Juriſten ſind über die Auslegung äuſerſt uneins.

S. Weber a. a. O.

Die richtige Auslegung der Geſetze finde ich darin, daß man bey dem L. 13. den Fall verſtehen müſſe, da einem Gläubiger, dem ſchon ein allgemeines Pfandſchafts-Recht an dem ſchuldneriſchen Vermögen zuſtand, nun eine Sache aus des Gläubigers Gütern in Beſitz gegeben iſt. Dies iſt eine gültige Pfandbeſtellung; denn der Gläubiger hatte ein Recht darauf zu dringen; und niemand hat dagegen ein Recht auf die gegebene Sache, als vielleicht ältere hypothecariſche Gläubiger. Dieſe aber aus keinem andern Grunde, als weil ein älteres Pfandrecht dem jüngeren vorgeht; und daher iſt die Klage die ein älterer hypothecariſcher Gläubiger hier anzuſtellen berechtiget iſt, nicht die Paulianiſche, ſondern die hypothecariſche Klage.

Weſtphal vom Pfandrechte. §. 149.

Dagegen muß man bey dem L. 10. §. 13. den Fall annehmen, daß einem chyrographariſchen Gläubiger Pfand gegeben iſt. Hier iſt der Grund, warum das Geſetz die Zurückforderung erlaubt, weil kein jus cogens

zur

zur Pfandgebung da war, weil der Schuldner ganz unbefugt freygebig gewesen ist. Diese Erklärung des Gesetzes rechtfertiget sich um so mehr, da der Zusammenhang im L. 10. selbst darauf leitet. Im §. 12. nehmlich, wird von der Ungültigkeit der anticipirten Zahlung geredet; und nun folgen die Worte im §. 13. si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus &c. Offenbahr ist demnach der §. 13. eine Fortsetzung des §. 12. In diesem ist die Rede, was rechtens sey, wenn der Schuldner ohne Noth zahlte; in jenem also, wenn er ein Pfand bestellt, ohne daß eine Pflicht ihn zwang. Ueberdies heißt es auch im römischen Rechte bey andren Gelegenheiten, daß dem Pfandgläubiger eine betrügliche Handlung des Schuldners gegen andere bey der Pfandbestellung, schade. L. 4. §. 29. 30. de doli mali et met. except.

In Betref des hier vorkommenden Betruges der Gläubiger, der nemlich auch bey der Pfandbestellung um sie mit der Paulianischen Klage ungültig zu machen, vorhanden seyn muß, werden noch einige Bemerkungen nicht überflüssig seyn, da die Sache ihre eigenen Rücksichten hat.

Der böse Glaube nun, welcher hier die Paulianische Klage giebt, kann bey dem unterliegenden Falle eigentlich nur auf der Seite des Schuldners seyn; denn der Gläubiger, der entgegen nimmt was ihm für seine Forderung Sicherheit giebt, wenn er auch der Zahlfähigkeit des Schuldners schon lange nicht mehr getrauet hätte, handelt nicht um die Gläubiger zu betrügen. Ein anderes Verhältniß ist es, wenn der Gläubiger den

Vermögenszustand des Schuldners besser kennt, als dieser selbst, (da er vielleicht Factor desselben ist) und nun durch Verheelung der wahren Umstände, den Schuldner zur unnothwendigen Pfandbestellung verleitet; dann handelt er freylich betrügerisch, und dürfte mit der Paulianischen Klage belangt werden können. Sonst aber, wenn die Furcht des Gläubigers, daß Unzulänglichkeit des Vermögens da seyn möchte, zwar auf sehr gegründeten Vermuthungen beruht, und er den Schuldner um ein Pfand bittet; dieser dagegen, in dem irrigen, jedoch aufrichtigen Glauben seiner Zahlfähigkeit das Pfand hingiebt um den Gläubiger zu beruhigen; da ist das Pfand obgleich unnothwendig, dennoch gültig bestellt.

Wie der Betrug des Schuldners bey der in Frage gebrachten Pfandbestellung beschaffen seyn müsse, ist etwas controvers unter den Rechtsgelehrten. Einige fordern von Seiten des Schuldners eine betrügerische Unterhandlung mit dem Gläubiger; andere behaupten, daß schon das Wissen des Schuldners von seiner Unzahlfähigkeit hinlänglich sey, um die Handlung zum Betruge der Gläubiger geschehen zu nennen. — Sicher ist die letztere Meynung die richtigere; denn, wenn der insolvente Schuldner unnöthig freygebig ist, so begreift ja diese Handlung schon den Betrug.

S. hierüber Walch Controv. Sect. 4. Cap. 3. membr. 2. §. 18.

Die Wirkung der Paulianischen Klage ist schon im allgemeinen dahin angegeben, daß sie in dem Ersatze des Veräußerten bestehe. Hierbey veranlassen denn die verschie-

schiedenen Umstände mancherley Betrachtungen. Nehmlich, wie ist bey jeder Art der Veräußerung der Ersatz zu machen? wie, wenn die veräußerte Sache noch bey dem ersten Erwerber vorhanden ist; und wie, wenn sie schon einem andern übertragen? oder aufgezehrt ist? Endlich fragt sich, wie wird es mit den Früchten der Sache gehalten, und wie werden die, von dem Besitzer auf die Sache verwendeten Unkosten ersetzt?

Die allgemeine Regel hierüber giebt uns L. 10. §. 22. ff. quae in fraud. dahin: sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt sive obligationes, vt perinde omnia revocentur ac si liberatio facta non esset.

Wenn der erste Erwerber demnach, noch Besitzer der veräusserten Sache ist, so muß er sie in natura herausgeben; und, wenn die Sache schon angegriffen ist, die Verletzung aber sich nicht auf alle Theile derselben erstreckt, und die Sache theilbahr ist: so muß so viel herausgegeben werden, als die Gläubiger benachtheiliget sind. Ist hingegen ein zweyter schon Besitzer der Sache, so kömmt es darauf an, ob derselbe Theilnehmer des Betruges ist; dann wird die Paulianische Klage gegen ihn angestellt, weil, wie dies schon vorgekommen ist, die Klage gegen jeden Betrüger geht.

S. Gmelin vom materiellen Concurse §. 17.

Ist der zweyte Besitzer aber in gutem Glauben, so muß der erste Erwerber das Interesse leisten. Der Erwerber in bösem Glauben, nach dem höchsten Werthe; der in

gutem Glauben, als Geschenknehmer, so weit er reicher geworden ist.

L. 6. §. 11, quae in fraud.

Besteht die Veräusserung in einem getilgten Anrechte an des andern Vermögen von Seiten des Schuldners, oder in Gestattung eines Rechtes des andern an das schuldnerische Vermögen; so wird ersteres wieder hergestellt, letzteres getilgt. Hierbey sind weiter keine Schwierigkeiten.

Was die Früchte betrift, so bestimmt das angeführte Gesetz, daß der Beklagte zur Erstattung derselben gehalten sey, da es weiter sagt: etiam medii temporis commodum praestandum erit. In wie ferne? hierzu geben die allgemeinen Regeln, die statt haben wenn eine Sache vindicirt wird, die Anweisung. Eben so finden auch die Regeln bey der Materie de rei vindicatione, über das Forderungs-Recht des Besitzers in Ansehung der aufgewendeten Kosten, bey der Paulianischen Klage die Anwendung.

Wie es mit dem Ersatze des Geldes, das der titulo oneroso Erwerber, für die Sache gegeben hat, zu halten ist, ist eine einigermaßen streitige Sache. Daß der gegebene Preiß wenn er unter den Gütern des Falliten noch in natura vorgefunden wird, zurückgegeben werden müsse, gesteht man ziemlich allgemein zu; allein wenn er nicht mehr vorhanden ist, dann wird dem Fordernden die Ersetzung des Gegebenen ganz bestritten.

S. bey Gmelin a. a. O. §. 15. und Dabelow a. a. O. §. 108.

L. 7. und 8. ff. quae in fraud. credit. entscheiden zwar

über

über den Ersatz, allein sehr undeutlich. Im ersten Gesetze wird der ICtus Paulus gefragt: ob das pretium zu ersetzen wäre? P. antwortet: restituendum est fundum, etiam si pretium non solvatur. Aus diesem Ausspruche schließt Venulejus im L. 8. also werde das pretium gar nicht ersetzt. Es sey denn: vt nummi soluti in bonis exstent. Es ist nun freylich der Theorie des römischen Rechts ganz gemäß, daß wenn die species der bezahlten Gelder nicht mehr da sind, der Geber nicht vindiciren könne; denn wenn eine commixtio dieses Geldes mit dem des Schuldners vorgegangen, so ist an letzteren das Eigenthum gekommen, und es findet keine Trennung des Geldes mehr statt.

Hoffacker Principia j. civ. Tom. 2. §. 953. 54

Aus eben dieser Ursache können demnach die Gelder nicht zurückgegeben werden. Allein der Geber behält doch noch immer ein Anrecht an die schuldnerische Masse, weil er dem Schuldner Geld gegeben hat. Und dieses ihm deßwegen abzusprechen, weil er im bösen Glauben gehandelt hat, wäre eine Ungerechtigkeit; da es dem Grundsatze des Rechts: daß niemand sich mit dem Schaden des andern bereichern solle, widerspricht. Denn, wenn man nicht den eigenen Fall annehmen will, da der Schuldner das beregte Geld auf eine solche Art verzehrt hat, daß der Masse nichts davon zu gute gekommen ist, so ist die Masse doch einmal bereichert. Deßwegen denn wird wohl der, dem eine Sache mit der Paulianischen Klage abgewonnen ist, wegen seines gegebenen Geldes von der Masse gar nicht, oder höchstens nur in dem angegebenen Falle abgewiesen werden können. Aber freylich

da er nicht vindiciren kann, wird er nur als chirographarischer Gläubiger zugelassen werden; ein vorzüglicheres Recht findet sich in den Gesetzen nicht für ihn.

Die Zeit wann die Paulianische Klage statt finden kann, bestimmt J. H. Böhmer

in Doctrina de actionib. Sec. 2. c. 2. §. 27.

dahin: wenn der Concurs eröfnet und der Güter-Vertreter bestellt ist. — Gmelin

a. a. O. §. 14.

läugnet dies aus dem Grunde: daß es kein richtiger Schluß wäre, zu schließen: weil sich oft Hindernisse fänden, die Klage vor eröfnetem Concurse anzustellen, so wäre sie nicht eher da. — Der Grund der Klage läge nicht im Concurse. — Allein es gehört doch zum Wesen der Klage, daß die Gläubiger die Befugniß sie anzustellen bekommen. Und daher läßt es sich nicht läugnen, daß um der Klage das Daseyn zu geben, erst die Thatsache vorhanden seyn müsse, die den Gläubigern das Recht giebt die Verfügungen des Schuldners umzustossen; diese Thatsache aber ist keine andere, als die Eröfnung des Concurses.

Gmelin scheint diesen Satz auch am Ende des angeführten Paragraphs selbst zuzugeben, da er sagt: „die Natur der Sache bringe inzwischen mit sich, daß ehe der Schuldner von seinen Gläubigern ausgeklagt worden, und sich also noch nicht offenbahrt habe, ob die Güter zur Tilgung der Schulden unzureichend wären, mit der Paulianischen Klage unterdessen zurückgehalten werden müßte.„ Sehr deutlich sagt dies zudem der §. 6. I. de act.

Die Dauer der Paulianischen Klage wird von den Rechtsgelehrten gewöhnlich allgemein auf ein annus vtilis (nützliches Jahr) gesetzt. Allein richtiger ist wohl, den Unterschied zu machen, ob sie gegen einen titulo onaroso oder titulo lucrativo Erwerber, angestellt wird; und sie gegen den ersten in einem anno vtili (der Zeit von 4 Jahren), weil die Klage gewissermaßen strafend ist, gegen den letzteren in der ordentlichen Verjährungszeit von 30 Jahren verjähren zu lassen; weil noch immer kein besonderer Grund da ist, um diesen Erwerber sich mit dem Schaden der Masse zu bereichern, zuzugestehen. — Dabelow

a. a. O. §. 110.

hat diese Meynung sehr überzeugend ausgeführt. Bey dieser Materie ist noch die Frage: wann nimmt die Verjährungszeit ihren Anfang? Nicht gleich von dem Augenblicke an, kann die Zeit gerechnet werden, da die Klage ihr Daseyn erhält; sondern vielmehr von dem Augenblicke, da die Gläubiger von der betrügerischen Thatsache die Wissenschaft bekommen haben. L. 1. ff. quae in fr. bestimmt dies mit den Worten: intra annum quo experiundi potestas fuerit. Dabelow

a. a. O. S. 325.

sagt, man verstehe hierunter heutiges Tages gemeiniglich die Zeit da die Concurs-Masse berichtiget wäre. — Sollte aber durch diese Bestimmung der Anfang nicht zu sehr in die Willkühr der Constituenten der Masse gestellt seyn, die nach dem Aufwande von Fleiß, mit dem sie sich die Sache angelegen seyn lassen, das tempus a quo früher oder später hinaussetzen? Es wird daher wohl die Zeit, da die Gläubiger Wissenschaft von jeder einzelnen

Klage haben konnten, ohne Rücksicht auf die vollendete Berichtigung der schuldnerischen Güter, zum Anfange der Verjährung anzunehmen, das sicherste seyn, um die Rechte keines Theiles zu kränken.

Was das Geschlecht der Klage betrift, so gehört die Streitfrage ob die Klage eine realis oder personalis sey,

S. Walch Contr. jur. Sect. 4. cap. I. §. 4.

zu den Controversen deren Nutzen nur theoretisch ist. Denn die Anstellung der Klage in den einzelnen Fällen ist in den Gesetzen hinlänglich bestimmt, als daß man auf die genannte Unterscheidung Rücksicht zu nehmen, nöthig hätte. Ich werde also über die Untersuchung dieser Frage hinausgehen dürfen. Meine Ueberzeugung folgt der Behauptung, daß die Klage rein personalis wäre.

Das Verfahren bey der Paulianischen Klage ist sehr einfach. Das Forum derselben, (das Gericht), ist der Gerichtsstand des Beklagten. Die Persohn des Klägers ist, wenn es das Interesse der ganzen Masse betrift, der Curator der Masse, und wenn es das Interesse eines Gläubigers allein betrift, dieser. Die Kläger müssen beweisen; und zwar, sowohl den gespielten Betrug bey der Veräusserung, als das wirkliche Daseyn des Nachtheils für die Gläubiger. Welche beyde Theile ja den Grund ihrer Klage ausmachen. Das Klagerecht geht auf die Erben der Gläubiger, und gegen die Erben des Erwerbers; auf diese nehmlich so weit sie durch die Rede stehende Handlung ihres Erblassers, reicher geworden sind. Welches alles sich aus der Natur eines jeden Klagewerks, und der

Natur

Natur dieser Paulianischen Klage, nach den bekannten Regeln des Rechts, ergiebt.

Meine Leser werden die Weitläuftigkeit mit der ich das römische Recht über die Paulianische Klage abgehandelt habe, (obgleich ich mich bescheide nichts neues gesagt zu haben), nicht mißbilligen; weil es aus dem Grunde geschehen ist, um zu zeigen, welchen Umfang von Rechten man verwirft, wenn man allgemein die Statfindung der Paulianischen Klage in Hamburg läugnet; und um zu zeigen, was ich unter Paulianische Klage verstehe, wenn ich die Anwendung derselben, wenigstens zum Theil, bey uns behaupte.

(Auch muß ich um Verzeihung bitten, viele lateinische Worte gebraucht zu haben, die römische Materie litt es nicht anders).

Ich muß indem ich die Anwendung des vorstehenden römischen Rechtes behaupte, meiner in der Einleitung übernommenen Verbindlichkeit zufolge, beweisen, daß es für unsere Zeiten paßt.

Es ist wahr, die Erhaltung des, der Handlung nothwendigen Credits, erlaubt es nicht, abgeschlossene Geschäfte gradezu umzustoßen. Der Kaufmann, wenn er eine Waare kauft, muß gewiß seyn, daß derselben nicht ein Fehler anklebe, der ihn hindere vollkommener Eigenthümer zu werden. Daher stehen manche Dinge bey uns fest, die das strenge römische Recht unter gewissen Umständen aufhebt; daher gelten keine römische Vindicationen in Hamburg, daher ist das Retentions-Recht im weitesten Umfange gestattet. Bey alle dem aber ist,

Betrü-

Betrügerey zu dulden, dem Wohle der Handlung mehr zuwider als es irgend einem Geschäfte seyn kann.

Wenn es ein Grundsatz unseres Rechts ist, Hand muß Hand gewahren, demnach, daß alles was im guten Glauben gehandelt ist, beständig seyn müsse (so ferne nicht der Erwerber bloß titulo lucrativo etwas erhält); so sehr muß es auch rechtens seyn, daß, was in bösem Glauben und betrügerischer Weise unternommen worden, von keinen Würden seyn dürfe. Die römischen Gerechtsahme über die Paulianische Klage, sind mit einer so seltenen Vorsicht, die Rechte der im guten Glauben Handelnden nicht zu verletzen, eingerichtet; daß man fast glauben sollte, der Geist kaufmännischer Gesetzgebung hätte den römischen Gesetzgeber geleitet. Hier ist nichts was den, allen Credit untergrabenden Vindicationen ähnlich sieht, verordnet; alles ist nur darauf angelegt den Betrug zu verfolgen. Darum, was hindert, dieser Klage in Hamburg Raum zu geben? — Die Behauptenden des Gegentheils berufen sich theils darauf, daß die hamburgischen Gesetze über die Paulianische Klage stille schwiegen; theils darauf, daß die Gesetze die Beständigkeit des Eigenthums eines im Stadt-Erbe-Buche zugeschriebenen Erbes unbedingt bekräftigten; daß daher auch keinem Beweise der Unredlichkeit des nunmehrigen Eigenthümers, Gehör gegeben werde, und eben daher einem Betrüger ein zugeschriebenes Erbe nicht abgenommen werden könne. Es ist dieser Fall nicht ganz zu läugnen, wenigstens muß wegen des Gesetzes: daß über das Stadt-Buch kein Beweiß gehen solle, das bessere Recht oft dem minderen zurück stehen, wenn die Zuschreibung

bung geschehen ist. Allein wenn es auch ausgemacht wäre, daß gegen ein zugeschriebenes Erbe die Paulianische Klage nicht statt habe, so folgt daraus noch nicht, daß sie überall nicht statt hat. Allerdings kann die römische Paulianische Klage nur eingeschränkt geltend, in Hamburg behauptet werden; aber man geht zu weit, wenn man von den einzelnen Fällen, da sie zu unserer örtlichen Verfassung nicht paßt, den Schluß auf andere Fälle zieht, wo ihr doch nichts im Wege steht. Was den ersten Theil der gegnerischen Behauptung betrift, (es schwiegen die hamburgischen Gesetze ganz von der Paulianische Klage), so ist diese ungegründet; wir haben wirklich Verordnungen die sich auf die Gerechtsahme aus dieser Klage beziehen. So wird, im Art. 45. der Falliten-Ordnung den Erben, die eine Erbschaft welche der Unzahlfähigkeit verdächtig ist, antreten, verboten: "einige Schulden zum Nachtheile der übrigen Gläubiger zu bezahlen." Im Art. 102. §. 6, wird der Fallit unter die boshaften gerechnet, "der Gelder und Waaren aufborgt, und solche an die Seite schaft, oder andere damit deckt:" Der Art. 32. §. 2. endlich, redet unwidersprechlich vor der Paulianischen Klage, indem es darin heißt:

"Haben die Eltern ihren Kindern in praejudicium
"Creditorum, Geschenke gegeben, so werden
"solche Schenkungen billig vernichtet, und das
"Geschenke wieder ad massam gezogen.

Wer bey diesem letzteren Gesetze die Paulianische Klage läugnen will, der kann nicht anders als nur auf das Namentliche gehen; denn in der Wirkung ist die Klage unstreitig daselbst geordnet.

An-

Andere die die Geltung der Paulianischen Klage in Hamburg bestreiten, läugnen die Praxis.

S. v. Exter (Pr. Darries) Diss. de actione Pauliana Hamburgi non introducta — Traj. 1785. §, 20.

Indeßen wird eine solche Behauptung anders nicht überzeugen, als wenn Präjudicate nachgewiesen werden, da eine Paulianische Klage in Fällen, wo die Hamburgischen Gesetze nicht bestimmt etwas eigenes haben, abgewiesen ist. Das aber möchte wohl schwer halten.

Da es meine Ueberzeugung ist, daß die Paulianische Klage obwohl mit Einschränkung statt hat, so habe ich jetzt zu untersuchen, wie die einzelnen Fälle derselben beschaffen sind.

Ich nehme zuerst auf den Gegenstand, auf den die Klage gerichtet wird, keine Hinsicht, sondern frage hier: wie muß der Erwerber eine Sache vom Schuldner bekommen haben, wenn die Zurückgabe gefordert werden kann? Der schon erwähnte Art. 32. der Falliten-Ordnung giebt uns die Bestimmungen für den Fall, wenn die Sache als Geschenk an den Erwerber gekommen ist. — Das Gesetz, nennt nur die Kinder, als die Personen, von denen das Geschenk zurück gefordert werden könne; daher fragt es sich: kann die Verordnung auch auf andere Personen ausgedehnt werden? — Wenn man das Gesetz eingeschränkt verstehen wollte, so müßten Gründe vorhanden seyn, die bey den Kindern ein strengeres Recht voraussetzten, als bey Fremden; oder, Gründe die die Veräusserung wenn sie an Kinder geschehen wäre, mehr zum Nachtheil der Gläubiger machten, als wenn an andere etwas gegeben wäre. Offenbahr

sind

sind dies Dinge welche nie werden dargethan werden können. Ohne diese aber widerspricht die Behauptung der eingeschränkten Erklärung allen Regeln der Auslegungs-Kunst. Nach dieser, muß man auf den allgemeinen Grund des Gesetzes gehen, und dann die Anwendung machen. Nun aber läßt sich doch in der That, zu dem vorliegenden Gesetze kein anderer Grund erfinden als der, daß ein Nachtheil der Gläubiger verhütet werden solle; der Grund der Billigkeit, daß niemand sich mit dem Schaden des Andern bereichere. Ohne Zweifel werden nun Fremde sowohl wie die Kinder, aus dem Beutel der Gläubiger bereichert, wenn der Unzahlfähige Geschenke austheilt. Darum kann ich mich nicht anders überzeugen, als, daß das Gesetz gegen alle diejenigen gehe, die ein Geschenk angenommen haben, ohne Rücksicht in welchem Verhältnisse sie mit dem Schenkenden stehen. Die Ursache warum das Gesetz besonders die Kinder nennt, ist wohl nur um von dem häufigsten Falle zu sprechen, geschehen.

Die zweyte hier zu beantwortende Frage, ist die über das Erforderniß des Betruges. Nach gemeinem Rechte wird dieser, wie angeführt ist, bey dem Schenkenden oder Geschenknehmer erfordert. Das hamburgische Recht scheint aber etwas andres zu bestimmen, da in dem Art. 32. §. 2. es nicht heißt: haben die Eltern in fraudem creditorum Geschenke gegeben, — sondern, haben Eltern in praejudicium &c. Praejudicium (eine Befährdung) ist noch nicht fraus (Betrug); vielmehr die Benachtheiligung jeder Art wird unter dem erstern Ausdrucke vestanden.

Zwar

Zwar könnte man anführen, daß durch die Bestimmung des einen Erfordernisses der Paulianischen Klage, daß wirklich ein Nachtheil vorhanden seyn müsse, das andere nicht ausgeschlossen werde. Allein da die Gerechtsahme der Klage doch ganz auf Billigkeit gegründet sind; so kann man wirklich dem römischen Rechte einen Mangel zur Last legen, daß es den Nachtheil der Gläubiger nicht hinlänglich genug, nach dem Grundsatze, daß nicht einer mit des andern Schaden bereichert werde, verhütet habe. Im Grunde ist es dem Nehmer des Geschenks doch einerley, ob der Geber bona oder mala fide ihn beschenkt hat, sein Verlust ist derselbe, wenn er das Empfangene herausgeben muß. Mehrere Rechtslehrer

S. bey Dabelow a. a. O. §. 99.

haben daher schon nach gemeinem Rechte die Zurückforderung gestattet, wenn nur der insolvente Zustand zur Zeit der Schenkung erwiesen werden könnte.

Wenn es indeßen auch wahr seyn mag, daß dies nach gemeinem Rechte zu viel behauptet wäre; so ist durch diese Meynungen mir doch die Behauptung bestätiget, daß es der Natur der Sache sehr gemäß ist, nach einem wirklichen Betruge bey der Zurückforderung nicht erst fragen zu müssen. Und so wird es erlaubt seyn, das Zweifelhafte bey dem hamburgischen Rechte zum Vortheile der Gläubiger zu erklären.

Hierbey glaube ich nicht den Vorwurf zu verdienen, dem Grundsatze, daß das römische Recht die Regel bey der Paulianischen Klage gäbe, widersprochen zu haben; das Gesetz giebt ja selbst Anlaß eine Ausnahme vom römischen Rechte zu vermuthen. — Eben so wenig würde

die

die Behauptung Grund haben: da das hamburgische Recht etwas anders verordnete, als das römische Recht enthält, so gölten die Gerechtsahme der römischen Paulianischen Klage überall nicht. Denn, wenn man die Paulianische Klage läugnet, so läugnet man daß die Gläubiger bey uns die römischen Vortheile genößen; man behauptet damit nicht, daß sie deren mehrere hätten.

Die dritte Frage, die bey der gegenwärtigen Materie nach hamburgischem Rechte in Betrachtung kömmt, ist: wie muß der Zustand des Schuldners beschaffen seyn, wenn gesagt werden kann, daß er, nach dem Artikel, in praejudicium der Gläubiger Geschenke gemacht habe? Es kann allerdings ein Nachtheil für die Gläubiger werden, wenn der Schuldner sein Vermögen durch Geschenke vermindert, und dadurch ferner nicht im Stande ist, einen Unglücksfall zu ertragen, sondern jetzt durch denselben unzahlfähig wird. Und da praejudicium, ohne fraus, nach hamburgischem Rechte schon zur Paulianischen Klage berechtiget, so könnte man ein Geschenk zurückfordern zu dürfen glauben, das zur Zeit des zahlfähigen Zustandes gegeben ist. Allein dies würde Kränkung eines wohlerworbenen Rechtes (juris quaesiti) der Geschenknehmer, und ein Verfahren seyn, welches von keinem Rechtsgrunde unterstützt wäre. Denn der Nachtheil der auf diese Art entsteht, ist bloß zufällig. Auch hier aber muß eine unmittelbahre Befährdung der Gläubiger vorhanden seyn, sonst haben die Beschenkten rechtsbeständig erworben. Durch die Verordnung im angeführten Art. 32., daß die Kinder,

Bayerische Staatsbibliothek München

"an allen Gütern die ihnen eigenthümlich gehören, z. E. "Kleider, Spaartopf und dgl., wenn solche noch in "natura vorhanden, sich des Vindications-Rechtes zu "erfreuen haben," ist auch aller Zweifel hierüber gehoben; denn diese Dinge sind ja ebenfalls, wenigstens zum Theil, Geschenke der Eltern.

Was die Paulianische Klage gegen die titulo onerofo Erwerbenden betrift, so haben wir, wie schon oben angegeben ist, keine besondere Verordnung im hamburgischen Rechte, die uns hier leitete. Wir müssen also theils dem römischen Rechte folgen, theils die Analogie zu Hülfe nehmen. Es findet sich in den hamburgischen Statuten ein Gesetz, Art. 2. Tit. 4. P. II., welches analogisch auf die Paulianische Klage angewendet werden kann. Daraus werde ich denn sowohl meinen Beweiß von der allgemeinen Geltung der Paulianischen Klage in Hamburg ergänzen; als ich daraus zeigen werde, wie gegen den titulo onerofo Erwerbenden geklagt werden kann.

Das angeführte Gesetz, in dem Titel: von Pfandschaften; lautet folgendermaßen:

"Wenn ein Gläubiger in seines Schuldners beweg-
"lichem Gut Verpfändung hat, und ihm doch das-
"selbe in seinem Gewähren gelassen; der Schuld-
"ner aber immittelst, ehe denn der Zahlungs-Ter-
"min kommen, solche verpfändete fahrende Haabe
"verhandelt oder in andere Hände gebracht; so
"wollen Wir daß auf den Fall, zu Beförderung
"gemeiner Handthierung und Vermeidung beschwer-
"licher Disputation, der Gläubiger die verpfände-

"ten

"ten beweglichen Güter von denen Personen, die "sie mit gutem Glauben, und richtiger An- "kunft erlanget, wiederum abzufordern nicht be- "fugt seyn solle. „

Dadurch, daß das Gesetz nur den Besitzer in gutem Glauben, dem Abforderungs-Rechte nicht unterwirft, gestattet es die Zurückforderung von dem Besitzer in bösem Glauben. Der Grund worauf dies Zurückforderungs-Recht des Pfandgläubigers beruhet, ist, um ihn nicht durch ein betrügerisches Verfahren leiden zu lassen; eine Billigkeit, der ohne Schaden der Handlung statt gegeben werden kann. Dieselbe Ursache nun, wie die, den Pfandgläubiger zu schützen, ist auch bey dem einfachen Gläubiger, (der eine Buchschuld hat), vorhanden; und was fehlt dann, um bey ihm dieselbe Verordnung gelten zu lassen? ist es nachtheiliger für den Staat dem einfachen Gläubiger zu helffen, wie dem zu helffen der ein Pfandrecht hat? oder ist nur ein Grund da, den letzteren mehr wie den ersteren zu begünstigen? Nein, gewiß nicht; und die Gläubiger sind unbedenklich befugt, dasjenige zurückzufordern, warum sie ein boshafter dritter berückt hat. — Es folgt aus dem vorliegenden Gesetze analogisch ferner, daß gegen den Erwerber in gutem Glauben keine Paulianische Klage statt haben könne; sondern daß um die Klage anzustellen, eine betrügerische Absicht, durchaus bey dem Contracte da gewesen müsse. So stimmt denn das römische Recht in dieser Materie, mit dem Hamburgischen überein, und folglich steht nichts im Wege, alle übrigen Fragen bey dieser Klage, aus dem römischen Rechte zu beantworten.

Bis hierher von den Personen gegen die mit der Paulianischen Klage geklagt werden kann, wenn sie dritte Personen, nicht Gläubiger sind. Ehe ich nun zum hamburgischen Rechte dieser, der wachtsahmen Gläubiger, übergehe, werde ich die Gegenstände betrachten, die zurück gefordert werden. Weil nehmlich in Ansehung der beweglichen und unbeweglichen Güter bey uns ein großer Unterschied der Rechte statt hat, so hat auch die Zurückforderung nicht bey beyden Arten der Güter, gleich wenig Schwierigkeiten.

Unbedenklich ist das Zurückforderungs-Recht bey beweglichen Gütern; denn diesen ist keine besondere Eigenschaft beygelegt, die die Uebertragung derselben unwiderruflich machen könnte, wenn der Erwerber in bösem Glauben sich befindet oder bloß titulo lucrativo erworben hat.

S. Schroetteringk Diss. de Obaerato an et quatenus j. hambug. validede contrahere et in judicio agere potest. Göttingae 1791. §. 15.

Nicht so ist es bey den unbeweglichen Gütern. Diesen haben die Gesetze, nur unter öffentlicher Autorität den Eigenthümer verändern lassen wollen; dann aber auch die Uebertragung besonders rechtsbeständig gemacht. Der Art. 4. Tit. 4. P. II. Statutor. verfügt folgendermaßen:

"Unbewegliche Erben und Zinsen sollen vor sitzen-
"dem Rahte, in offener Audienz verlassen und aufge-
"tragen werden, und was also vor dem Rathe
"verlassen und in dem Stadtbuche geschrieben wird,
"da gehet kein Zeuge über.

Ueber

Ueber die Verlassungen und die Zuschreibung der unbeweglichen Güter in Hamburg, haben wir vier Werke, die uns vorzüglich diese Materie erläutern:

Schlüter von den Erben in Hamburg. Hamburg 1698.
Nachher unter dem Titel: von den unbeweglichen Gütern in Hamburg. Hamburg 1709.

Diesen erläutert und bereichert mit Zusätzen,

Müller Tractat: von dem Verkaufe der Erben in Hamburg.

Amsinck Diss. de Impugnatione Resignationis ex jure hamburgensi. Gött. 1774.

Anderson Hamburgisches Privat-Recht. Th. 2. S. 265 — 405.

Ueber das Verfahren bey den Verlassungen und den Zuschreibungen, habe ich hier nichts weiter zu sagen, sondern in Ansehung desselben verweise ich auf die angegebenen Schriftsteller. Hingegen ist es mir wichtig, über die Gerechtsahme, die aus der Zuschreibung in den Stadt und Land-Erbe-Büchern entstehen, eine allgemeine Untersuchung anzustellen; um dann die Folgen auf die Zurückforderung bey der Paulianischen Klage daraus ziehen zu können.

Es ist eine streitige Frage unter den hamburgischen Rechtsgelehrten, ob die Zuschreibung erst das Eigenthum gebe, oder ob sie nur nothwendig sey, damit die Aenderung des Eigenthümers gehörig bekannt werde. Schlüter behauptet das letztere, Amsinck und Anderson das erste. Schlüter mischt viel römisches Recht in diese Materie, die doch eigentlich nach dem hamburgischen Rechte allein betrachtet werden sollte, da

sie aus demselben ihren Ursprung nimmt. — In dem oben angeführten Gesetze wird zur Uebertragung unbeweglicher Güter, die Zuschreibung, als eine unumgängliche Bedingung, offenbahr gefordert. Zudem läßt es sich nicht läugnen, daß wenn es vor der Zuschreibung noch dem dritten erlaubt ist, den neuen Erwerber nicht wie Eigenthümer anzusehen, man ein Eigenthum ohne Wirkung behauptet, wenn man mit Schlüter schon vor der Zuschreibung den neuen Erwerber als Eigenthümer erkennt. Es ist aber ohne Zweifel dies der Fall, daß so lange ein Erbe noch auf dem Namen des Verkäufers, meines Schuldners steht, ich daraus, in Ermangelung anderer Gegenstände, meine Bezahlung fordern kann; nicht etwa, wenn mir das Erbe verhypothecirt ist, ex jure in re also, sondern wegen einer persöhnlichen Forderung. Wie hiervon die Impugnationen den häufigen Beweiß liefern.

Meine Ueberzeugung folgt also der des Herrn Amsinck, der die eben vorgetragene Meynung gegen Schlüter behauptet. — Man mag indeß die Sache mit Uebertragung des Eigenthümers nehmen wie man will; so hat die Zuschreibung immer die Wirkung: daß nunmehr der Erwerber der unbeweglichen Güter für alle Forderungen, die nicht als solche auf das Gut haften und mit demselben übergehen, sondern an die Persohn des vorigen Eigenthümers gerichtet sind, nicht verhaftet ist; und daß dies Gut, vorher ein Gegenstand zur Bezahlung der Gläubiger, jetzt von diesen nicht mehr angesprochen werden kann.

Die

Die Ursache dieser Ausschließung aller vorigen Ansprüche liegt darin, daß die öffentliche Verlassung, wie ein Proclam, wie ein Anfruf an alle die, welche der Veränderung des Eigenthümers zu widersprechen haben, anzusehen ist; und die Zuschreibung dann, wie die Präclusive. Zwar hat dies Proclam die Eigenheit, daß die Frist sehr kurz ist, (was am Freytage verlassen ist, kann schon am Montage zugeschrieben werden); allein dieser Umstand ändert ja an der Natur des Proclames nichts. Einmal hat das Gesetz,

(der angeführte art. 4. Stat. und der Receß vom Jahre 1713).

der Zuschreibung, eine solche Präclusions-Kraft beygelegt, "daß gegen die Zuschreibung keine Einrede statt "finden solle. Es wäre dann derjenige der dabey inte"ressiret, außer Landes gewesen. Dann werde er bin"nen Jahr und Tag, von der Zeit da er den Zustand "der Dinge erfahren, zugelassen," — darum muß, wer also nicht zeitig genug seine Rechte wahrnimmt, sich die Folgen seiner Nachlässigkeit selbst zuschreiben.

So bestimmt indeßen das Gesetz über die Ungültigkeit der Einreden abspricht, so wenig darf man die Verordnung buchstäblich verstehen. Schlüter

a. a. O. im 4ten Theile 5ten Titel.

stellt uns, wie die Sache beurtheilt werden muß in den richtigen Gesichtspunkt, und zeigt die Ausnahmen die der Natur der Sache nach, angenommen werden müssen. Herr Secretair Doctor Anderson

im 2ten Theile des Hamb. Privatrechts. §. 49 der Erläuter. des Art. 13. Th. I. Tit. I.

behauptet ebenfalls, daß es Einreden gäbe, die gegen das Stadt-Erbe-Buch statt hätten, nnd verspricht uns die Ausführung dieser Materie. Ich würde demnach nichts weiter über die Sache sagen dürfen, wenn ich nicht von der Colliſion dieſes hamburgiſchen Geſetzes mit der Paulianiſchen Klage zu reden hätte. So weit daher dies Verhältniß es erfordert, wird es mir erlaubt ſeyn einige Conjecturen zu wagen.

Betrachtet man die Verlaſſung und Zuſchreibung, wie Proclam und Präcluſive, ſo geht es aus der Sache ſelbſt hervor, daß nur diejenigen Anſprüche nicht geltend gemacht werden dürfen, die vor der Zuſchreibung da waren, wohl aber diejenigen, die erſt nach der Zuſchreibung entſtanden ſind. Schlüter ſtellt die Sache nicht wie Proclam auf, und muß daher um den Satz, „daß ſich die Wirkung der Zuſchreibung nicht auf künftige Ereigniſſe erſtrecke,„ zu erweiſen, weitläuftig ſeyn. Er beweißt den Satz aus dem alten hamburgiſchen Rechte, und damit, weil aus dem Gegentheile der Unſinn folge, daß ein zugeſchriebenes Erbe weder verkauft noch ſonſt juſto titulo, (auf gerechte Art), von einem andern erworben werden könnte. — Wie geſagt, es würde eines ſo weitläuftigen Beweiſes nicht bedürft haben; indem es unbedenklich iſt, daß nicht prächudirt wird was noch nicht vorhanden iſt. Auſſer dieſer Erörternng bey der Lehre von der Kraft der Zuſchreibung, führt uns Schlüter noch auf zwey Ausnahmen,

im Th. 4. Tit. 8 und 9. ſeines angeführten Werks.

daß nehmlich, 1) die Zuſchreibung nicht von Würden wäre, wenn bey ihr oder bey der Verlaſſung ein weſentlicher

licher Fehler vorgangen wäre; 2) nicht, wenn ein Erbe jemand nur pro forma zugeschrieben wäre; dann nehmlich könne der eigentliche Eigenthümer, den pro forma als solchen Genannten, zwingen, das Erbe wieder zu verlassen.

Die Gewißheit, daß auch bey diesen beyden Fällen die Worte des angeführten Gesetzes nicht anzuwenden sind, und dagegen, allerdings Einreden wider das Erbe-Buch vorgebracht werden können, — läßt sich ebenfalls leichter aus der Form des Proclams, die die Verlassung hat, als aus innern Gründen der Sache, erweisen. So wie jedes rechtliche Erkenntniß nur dann Kraft und Wirkung hat, wenn es nicht an einem wesentlichen Fehler leidet; so ist auch dann eine Zuschreibung unheilbar nichtig, wenn nicht alles dabey beobchtet worden, was zum Wesen derselben gehört. Ferner, wenn der Implorant eines gewöhnlichen Proclams, mit jemand die Verabredung trift, daß ihm, dem andern, die Präclusive nicht nachtheilig seyn solle; so kann dies Präclusiv-Urtheil, in dem, was die Verhältnisse der beyden die den Vertrag geschlossen haben, betrift, seine Wirkung nicht äußern. Ganz dasselbe ist es bey der Zuschreibung eines Erbes pro forma, d. i. da, wenn der eigentliche Eigenthümer Ursache hat sich in dem Erbe-Buche nicht zu nennen, ein anderer den Namen leihet, dabey aber dem ersteren die Versicherung giebt, ihn dennoch als den Eigenthümer zu erkennen. Der Vertrag macht es, daß die Zuschreibung gegen den pro forma Genannten keine Wirkung hat. — Vielleicht könnte man hierbey den Zweifel erregen: ob durch ein solches Ver-

fahren nicht die öffentliche Auctorität gemißbrauchet sey? Nach meiner Ueberzeugung auf keine Weise. Denn so wenig ein Gericht sich dadurch beleidigt halten kann, wenn ein Bürger ein Proclam zur Aufforderung nur einiger, nicht aller die bey einer Sache Rechte geltend zu machen hätten, zu erlassen bittet; so wenig wird das Gericht durch den geheimen Vertrag gegen das Präclusiv-Urtheil beleidigt. Vielmehr ein Gericht würde die wohlerworbenen Rechte aus Verträgen, kränken, wenn es dem Paciscenten die Verfolgung des ihm gegebenen Versprechens gegen den Inhalt des Urtheils, abschlagen wollte.

Aus dem Satze, daß die Zuschreibung die Natur der Präclusive habe, muß man ferner bey den Fällen antworten, wo die Anwendung des Rede stehenden Gesetzes zweifelhaft ist. Mir ist die Frage hier besonders wichtig: wenn derjenige, der sich das Erbe zuschreiben läßt, weiß, daß der bisherige Besitzer in bösem Glauben sich befindet, oder durch die Veräusserung des Erbes seine Gläubiger betrügt, kann der Erwerber das unwiderrufliche Eigenthum durch die Zuschreibung erlangen?

Nach der Theorie des Rechts, sind freylich alle Aufforderungen zur Klage, nur unter der Bedingung gültig, wenn der Provocant ein Recht hatte zu provociren; und unter der Bedingung dürften auch nur die Präclusiven verstanden werden. Denn eine Klage gehört zum Vermögen der Klägers, (hier Provocaten), und ob er sie anstellen will oder nicht, ist eine Sache die er nur für sich allein zu verantworten hat. Allein wenn ein positives Gesetz oder eine Gewohnheit es festsetzet, daß eine

Klage dann präcludirt seyn soll, wenn der Kläger, aufgefordert, nicht erschienen ist; so ist ein jeder der sich im Besitze des Gegenstandes der Klage befindet, oder sich in Besitz desselben setzen kann, zur Aufforderung befugt *). Seine Befugniß wird durch den gesetzlichen Termin erprobt, und wer nach Ablauf des Termins als Kläger kömmt, der ist zu spät gekommen, wenn er auch sonst das vorzüglichste Recht hätte. Wollte man bey der vorliegenden Materie, in Ansehung des Beweises des bösen Glaubens eine Ausnahme gelten lassen; wann würde dann die Absicht des Gesetzes, die Eigenthümer sicher zu machen, erreicht? Was haben die Widersprechenden für Recht mehr, wenn sie aufgefordert werden, stille zu sitzen, da sie den Provocanten, als in bösem Glauben, kennen, wie dann, wenn er in irrigem guten Glauben ist? Es würde das Gesetz, das strenge die Gültigkeit der Zuschreibung befiehlt, sehr durchlöchert werden, wenn man die Anwendung desselben durch Verneinung der aufgeworfenen Frage beschränkte, und z. B. dann die Zurückforderung gestattete: wenn einer, welchem nur pro forma ein Erbe geschrieben wäre, es schon einem andern hätte zuschreiben lassen, oder unbedingt da die Paulianische Klage bey diesen unbeweglichen Gütern, wo sie bey beweglichen Gütern statt findet.

Bey zugeschriebenen unbeweglichen Gütern in Hamburg, ist demnach der Paulianischen Klage ein unüberwindliches Hinderniß in den Weg gelegt. Zwar ist es schlimm, daß auf diese Art den Betrügern eine Gelegenheit

*) Unten bey dem 11ten Artikel wird ein mehreres über das Proclam gesagt werden.

genheit zum Betruge offen ist; allein es liegt dem Staate zu viel daran, sichere Eigenthümer seiner liegenden Gründe zu kennen, als, daß dieser allgemeine Nutzen um des dabey vorkommenden Bösen willen, aufgegeben werden dürfte; bringt doch auch das Verjährungsrecht manches Unrecht mit sich, und das Wohl des Staats erfordert es demungeachtet.

S. hierüber die Abhandlungen in dem Reichs-Anzeiger, Jahrgang 1794.

Indeßen ist die Klage auf das Interesse, gegen den Betrüger, durch die Zuschreibung des Erbes, meiner Ueberzeugung nach, nicht ausgeschlossen; und also sind den Gläubigern nicht alle Rechtsmittel verwehrt, den Betrüger zu verfolgen.

Es lassen sich freylich gegen die obige Behauptung, die Paulianische Klage habe nicht statt, noch einige Zweifel erregen. Man sagt nehmlich: die Paulianische Klage entstehe erst nach ausgebrochenem Concurse, also wäre den Gläubigern keine Nachläßigkeit deswegen, daß sie nicht die Zuschreibung impugnirt hätten, zuzurechnen; sie könnten demnach durch die Zuschreibung nicht präcludirt werden. — Unstreitig ist die Präclusion zwar nicht eine Strafe, aber doch eine Folge der Nachlässigkeit; damit aber kann nicht behauptet werden, daß die Nachlässigkeit der Gläubiger zur Präclusion durchaus erfordert werde, oder vielmehr, daß die Präclusion keine Wirkung habe, wenn, obgleich der Grund der Klage da war, ein Hinderniß in der Sache selbst, die Klage auzustellen unmöglich machte. Sicher muß der Kläger doch, wenn die Klage nun noch angebracht werden soll,

Wieder-

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt haben; man kann nicht annehmen daß er ipso jure (von selbst) schon hierzu befugt wäre. Nun aber kann die Wiedereinsetzung nicht anders ertheilt werden, als wenn das Gesetz nachgebend genug ist.

Hofacker Princip. jur. civ. Tom. II. §. 318. und 354.

Und schwerlich läßt sich dies bey der strengen Vorschrift: "daß über das Stadt-Buch kein Zeuge gehe," behaupten. Ueberdies ist es nicht durchaus wahr, daß die Gläubiger sich keiner Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, wenn sie vor dem Ausbruche des Concurses nicht die Zuschreibung impugniren. Ihre Forderungen waren ja damals, da das Erbe ihnen zum Nachtheile und Betruge weggeschrieben wurde, schon da; sie hätten also, "wegen Forderung" impugniren können. Haben sie zu der Zeit ihrem Schuldner die Zahlfähigkeit zugetraut, so müssen sie nun den Schaden der unwachsahmen Gläubiger erfahren.

Ein zweyter Grund, warum man die Paulianische Klage auf zugeschriebene unbewegliche Güter behaupten möchte, ist nachstehende Schlußfolge. Weil der oft erwähnte Art. 32. der Falliten-Ordnung das Zurückfordern des Geschenkten, unbedingt verordnete, so wären auch die unbeweglichen Güter mit einzuschließen; und, die diesem Artikel widersprechenden Gesetze, als dadurch aufgehoben, anzusehen. — Dieser Behauptung kann man in der That nicht absprechen, viel Wahrscheinliches zu haben. Was hiergegen zu sagen wäre, möchte seyn: daß bey der strengen Bestimmtheit des Artikels des Statuts, auch wohl ein eben so bestimmter Artikel

in der Falliten-Ordnung erfordert werde, um den ersteren, in Ansehung der Paulianischen Klage aufzuheben. Und, daß man den Art. 32. nur verstehen dürfe, so weit er nicht durch andere Gesetze eingeschränkt sey. Allein freylich, immer ist das nicht statt haben der Paulianischen Klage, ein verhaßtes Ding, und dies hat sonst die Vermuthung gegen sich.

Wenn indeßen die Paulianische Klage hier zugegeben werden sollte, (wie in der angezogenen Schröttering-kischen Diss. §. 10. wirklich behauptet wird,) so dürfte die Sache doch nur eingeschränkt verstanden werden. Sie dürfte höchstens nur bey geschenkten Gütern, nicht aber dann gebraucht werden, wenn der, dem ein Erbe zugeschrieben wäre, titulo oneroso erworben hätte, obwohl in bösem Glauben sich befände.

Wenn ich nun bey meinem einmal aufgestellten Satze bleibe, daß der Paulianischen Klage bey den unbeweglichen zugeschriebenen Gütern nicht Raum gegeben werden dürfe, so verstehe ich dies nur im allgemeinen. Es können allerdings auch Fälle vorkommen, wo die Klage mit Erfolg zu gebrauchen ist; wenn sie nehmlich mit einem Rechte verbunden ist, daß ohne dies gegen die Zuschreibung geltend gemacht werden kann: wenn die Zuschreibung eines wesentlichen Fehlers wegen, anzufechten ist, und wenn der Schuldner das Erbe nur pro forma auf des andern Namen hat schreiben lassen. Das erstere ist durch sich selbst deutlich, und, daß in dem letzteren Falle die Zurückforderung erlaubt sey, ergiebt sich, um hier auf ein positives Gesetz zu sehen, unwider-

widersprechlich aus dem Art. 4. der Additional-Artikel der Falliten-Ordnung; es heißt daselbst:

"Keinem der nicht seine Creditores — befriediget "hat, soll erlaubt seyn — weder Haus noch Gar- "ten eigenthümlich zu besitzen — und falls ein be- "gründeter Verdacht vorhanden, daß die Zuschrei- "bung eines Hauses oder Gartens pro forma auf "eines dritten Namen geschehen, so soll sowohl der "Fallit, als der tertius, solchen Verdacht eydlich "von sich abzulehnen, angehalten werden."

Wenn man nicht annehmen will, daß dies Gesetz ganz unnütz verfüge; so muß man zugeben, daß in dem Falle, da beyde Partheyen nun den Eyd nicht abzulei- sten vermögen, das befragte Erbe zur Befriedigung der Gläubiger genommen werden darf. Es würde eine sehr sonderbahre Beschränkung dieses Gesetzes seyn, wenn man die Verordnung nicht auf den Fall anwenden wollte, da diese Zuschreibung eines Erbes an den dritten vor dem Ausbruche des Concurses geschehen ist; ungeachtet freylich die Worte des Gesetzes nicht weiter gehen als auf das, was nach beendigtem Concurse statt finden soll. Der Grund, daß der Schuldner erst seine Gläu- biger befriedigen müsse, ehe er auf seine Bequemlichkeit denken dürfe; begreift den mit, daß er nichts was zur Bezahlung der Gläubiger dient, entfernen dürfe; hier ist vielmehr die Sache noch dringender. — Wenn nun der Fall vorkömmt, daß nach ausgebrochenem Concurse die Paulianische Klage auf ein Grundstück angestellt wer- den könnte, woferne nur die Zuschreibung im Stadt- Erbe-Buche nicht wäre; so wird sich, wenn man der

Sache

Sache auf den Grund geht, fast immer das Zuschreiben pro forma finden, das Erbe mag titulo lucrativo oder oneroso an den andern abgegeben seyn. Denn, welchen andern Zweck kan der Schuldner haben, wenn er seiner Insolvenz sich bewußt, an einen dritten sein Grundstück schenkt, oder zum Nachtheile der Gläubiger verkauft, als den: von dieser Uebertragung Vortheil ziehen zu wollen. Er wird demnach mit dem dritten die Verabredung treffen müssen, die Beute mit ihm zu theilen. Der dritte bekömmt seinen Theil zur Belohnung seiner Mühe, der Schuldner aber ist der Haupttheilnehmer bey der Sache. Da also auf diese Art, der dritte nur Bewahrer des schuldnerischen Betruges ist, ist da nicht die Zuschreibung des Erbes wie eine Zuschreibung pro forma anzusehen? kann da nicht die Paulianische Klage angestellt werden? Ohne Zweifel würde doch der dritte verurtheilt werden müssen, wenn, (indem man sich die Strafe, die den Schuldner, für den zum Nachtheile der Gläubiger eingegangenen Vertrag, treffen würde, wegdenkt,) der Schuldner aus dem Vertrage gegen den dritten klagte; — sollten denn die Gläubiger weniger Recht haben den betrügerischen Vertrag zu zernichten?

Ohne einen dergleichen betrügerischen Vertrag, habe ich behauptet, lassen sich wenig Fälle bey der Wegschaffung eines Stückes aus der Masse denken; denn, wie könnte ein Schuldner Böswicht genug seyn, so zu handeln, bloß um den Gläubigern einen Gegenstand der Bezahlung zu entziehen; ohne selbst gut davon zu haben. Es wird also bey einer zum Nachtheile der Gläubiger geschehenen Veräusserung, so bald der böse Glaube des

Schuld-

Schuldners da ist, bey dem Erwerber der böse Glaube nicht fehlen; uud aus dem Grunde, daß die Uebertragung des Grundstücks pro forma geschehen, gegen ein zugeschriebenes Erbe in Hamburg mit der Paulianischen Klage geklagt werden können. Wenn es indeßen wahr ist, daß die Uebertragung eines Grundstückes, als wirklich, nicht als pro forma anzusehen ist, und deßwegen die Paulianische Klage wegfällt; so bleibt, wie schon erwähnt ist, meines Bedünkens, den Gläubigern noch die Klage auf das Interesse übrig. Wäre dies nicht, wie sehr würden die Gläubiger in dem Falle gekränkt und der Betrüger geschützt seyn, wenn die Erwerbung durch seinen, des dritten, Betrug allein geschehen wäre; da der Schuldner unwissend seiner Insolvenz, jenem der die Insolvenz vorher sieht, eine Sache überlassen hat, wodurch die Gläubiger befährdet werden.

Das Recht der wachsahmen Gläubiger ist in Hamburg sehr weit erstreckend und selbst grösser wie nach gemeinem Rechte. Cessionen aller Art, Transportationen eigenen und fremden Guts, Gebungen an Zahlungsstatt (dationes in solutum) und Retentionen, — geben demnach eine gültige Bezahlungs-Art ab, und können nicht mit der Paulianischen Klage zurückgeruffen werden. Nicht, als wenn die Gesetze es namentlich bekräftigten, daß der Schuldner einigen seiner Gläubiger Abzahlung leistete, und die Masse im voraus plünderte; aber es ist jenes, theils Folge aus den Grundsätzen des Handelsrechtes, theils der allgemeine Wille der Kaufmannschaft. — Nach den Grundsätzen unseres hamburgischen Rechtes der Handlung, sieht der Gläubiger alles das, was in seines

Schuldners Händen ist, für dessen Gut an; der Gläubiger kann sich also, auch mit fremden Gute bezahlt machen.

S. den Art. 25. der Falliten-Ordnung.

Das gemeine Recht würde im unterliegenden Falle die Vindications-Klage von Seiten des dritten gestatten; die Paulianische Klage findet nach demselben auch hier, (da vorausgesetzt wird, daß nicht die besondern Fälle vorhanden sind, in welchen das römische Recht die Paulianische Klage gegen den Gläubiger erlaubt,) nicht statt. Nach den Grundsätzen des Handelsrechts, macht sich ferner der Gläubiger mit den Waaren bezahlt, die er von seinem Schuldner in Händen hat; hier gilt nicht, was das römische Recht über Retentionen ordnet.

In wie weit die Paulianische Klage gegen die abbezahlten Gläubiger in den Fällen die das römische Recht namhaft macht, in Hamburg anwendbahr ist, davon werde ich weiterhin etwas sagen; zuvor sey es mir erlaubt über das Deckungs-Recht im allgemeinen einige Betrachtungen anzustellen.

Darüber ist man in Hamburg wohl allgemein einverstanden, daß es von dem Schuldner nicht recht ist, wenn er vor erklärtem Concurse unter seine Freunde Austheilung hält. Allein, weil es sowohl in unserem Rechte an einer Anordnung fehlt, die dies ausdrücklich verbietet, als auch aus dem römischen Rechte keine Hülfe gegen den abbezahlten Gläubiger zu hohlen ist (als nur in den mehrberegten einzelnen Fällen); und es sich daher fragt: ist es rathsam hiergegen ein Gesetz in Hamburg einzu-

einzuführen? da antwortet der Kaufmann, und der Rechtsgelehrte der das Handlungswesen kennt: nein. Hier sind die Gründe. Es ist schmerzlicher, sagt man, wenn Concurs erklärt werden soll, da sich nicht helffen zu dürfen, wo Gelegenheit ist Bezahlung zu nehmen; als es schmerzlich ist, wenn der Concurs eingetreten, zu sehen, daß die Masse geplündert worden ist. Hat ein Gläubiger diesmal durch die geschehenen Deckungen verlohren, nun, er wird ein andermal — denn in Handlungs-Städten sind die Bankerotte nicht selten — Gelegenheit haben, selbst Deckung zu erhalten; und so gehet eines gegen das andere auf. Ueberdies, sagt der Hamburger, wenn wir die Deckungen verböten, auf wessen Seite wäre der Vortheil? auf der Seite des fremden Gläubigers. Was gewinnt dagegen der einheimische Gläubiger? wird der Fremde aufhören zuzugreifen, wenn er Güter des Falliten ausser Landes findet? gewiß nicht; auf Gegenvergeltung rechnet es sich, bey guten Dingen, sehr mißlich. Nun also, dann darf auch der Hamburger nicht einen Vortheil entbehren, den der Fremde fortgenießen würde. Nur fast zu sehr, ist doch schon der fremde Gläubiger durch die Hamburgische Falliten-Ordnung begünstiget *), warum sollen

*) Anmerkung. Man nehme nur den Fall: laut Art. 10. der Falliten-Ordnung ist es nicht erlaubt, "nach kund gewordener Insolvenz seinen Schuldner vor auswärtige Gerichte zu ziehen und auf dessen Güter Arreste in fremder Gerichtsbarkeit zu legen„ — dieses verbietende Gesetz kann nur auf Hamburger gehen, der Auswärtige läßt sich dergleichen nicht verbieten.

wir eine Einrichtung annehmen, die noch mehrere Vortheile auf seine Seite bringt. Es ist wahr der fremde Gläubiger muß günstig aufgenommen werden, das befördert den Credit der Handels-Stadt. Indeßen alles hat seine Grenzen; die Begünstigung muß nicht zum offenbahrsten Schaden des Einheimischen ausgedehnt werden. — — Wer kann diese Gründe mißbilligen; und wer kann sich weigern dem Kaufmanne, bey dieser Materie die entscheidende Stimme einzuräumen; da bey den Concursen sein Antheil der grösseste ist.

Ich komme zur Untersuchung der Frage, wie es mit den Erfordernissen die das römische Recht zur Gültigkeit einer Bezahlung voraussetzt, in Hamburg beschaffen ist. Ist eine Abzahlung rechtlich, wo kein jus cogens war? Daß ein Gläubiger dasjenige was er, ehe seine Forderung fällig war, erhalten hat, als Bezahlung ansehen könne, — dies widerspricht allen rechtlichen Begriffen, und kann also nicht in Hamburg behauptet werden. Fragt man aber: können die Concurs-Gläubiger das Gegebene geradezu wieder erhalten? so glaube ich behaupten zu dürfen, der Beklagte habe gegen die Zurückforderung eine standhafte Einrede, das Rentions-Recht. Im Art. 24. der Falliten-Ordnung ist dem Gläubiger, das jus retentionis wegen aller rechtsbegründeten Ansprüche gestattet, "in so ferne er justo "titulo zum Besitze der Sache, die er zurück hält, gekom-"men ist." Wenn denn der Gläubiger einer noch nicht fälligen Forderung, den Concurs ausgebrochen sieht, so ist fürwahr seine Vermuthung nicht ungegründet, daß

er

er nicht bezahlt werden werde; und so eigenet sich die Sache wohl zum **rechtsbegründeten Anspruche.** Ich werde hier in meiner Behauptung durch den §. 4. des angeführten Gesetzes, unterstützt; dort wird die Compensation einer liquiden Schuld mit einer illiquiden, die illiquide sey auf welcher Seite sie sey, gestattet; d. h. die wirkliche Compensation wird bis nach ausgemachter Sache ausgesetzt. Hat nun eine illiquide Schuld so viel Recht; so sollte man auch der noch nicht fälligen, das Recht nicht absprechen, den Gegenstand ihrer Befriedigung festhalten zu dürfen. Bey dem Falle, da der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zum Pfande giebt, ohne daß er hierzu verpflichtet war, (welche Pfandbestellung nach römischen Rechte ungültig ist), ist nach hamburgischem Rechte das eben gesagte zu wiederholen; als Pfand kann das Gegebene nicht betrachtet werden, aber der Gläubiger hat ebenfalls das Retentions-Recht, aus den vorigen Gründen. — Zwar kann man diesem allen entgegen setzen, daß die Uebergabe der Sache von Seiten des Schuldners immer wie eine Schenkung zu betrachten wäre; daß also die Annehmer, die Sache nicht justo titulo empfangen hätten. Dieser Einwurf läßt sich hören; und, ich bin auch überhaupt weit entfernt meine obige Behauptung als eine Sache die ausgemachten Rechtens wäre, aufzuführen; weil das Gesetz nicht ergiebt, was unter: titulus injustus verstanden werden soll. Indeß macht mich der Gegengrund auch nicht in meiner Ueberzeugung irre; da ich nur das, als titulus injustus, ansehe, wenn einer sich mit offenbahrer Gewalt oder durch spolium in den Besitz einer Sache gesetzt hat.

Gewalt und spolium darf in Hamburg nicht geübt werden; wenn daher ein Gläubiger diese Mittel oder eine ihnen gleichkommende Hinterlist gebraucht, so wird, wie des römische Recht bestimmt, der Verüber, auch in Hamburg zur Rechenschaft gezogen werden müssen. Allein am allerwenigsten darf man es in Hamburg einem Gläubiger verübeln, wenn er es klug anfängt, sich seine Bezahlung zu verschaffen; wer hier blöde ist, der geht mit Recht leer aus.

Kann einem Gläubiger das Erhaltene abgefordert werden, wenn er es per gratificationem erhalten hat? Ich habe das Schwankende dieser römischen Lehre schon oben bemerklich gemacht. Im hamburgischen Rechte findet sich kein besonderer Grund diese Lehre aufzunehmen. Wenn es als ein hinreichender Grund angesehen werden kann, von dem Gläubiger Rückzahlung zu fordern, weil der Schuldner so ungerecht ist, bey einer Auszahlung, seine Freunde mit Hintansetzung anderer zu begünstigen; so würde die Paulianische Klage auch in Hamburg statt haben. Das ist unstreitig, es muß kränkend für den wachsahmen Gläubiger seyn, wenn der Schuldner besonders gegen ihn hartnäckig, gegen andere aber freygebig ist; und wenn irgend ein Fallit der Auszahlungen hält, mit großem Rechte den Namen eines boshaften, verdient,

S. Art. 102. der Falliten-Ordnung.

so ist es der. Allein dadurch daß dieser Strafe verdient, weil er unbillig bezahlt hat, ist noch nicht erwiesen, daß der Gläubiger Unrecht that, da er annahm,

was ihm geboten wurde. Ich stimme nicht für die Paulianische Klage in diesem Falle.

Um den Ersatz des, für die titulo oneroso erworbene Sache, gegebenen Preises, zu erhalten, kann auch nach hamburgischem Rechte dem, dem die Sache abgewonnen wird, kein anderer Platz als bey den chyrographarischen Gläubigern, angewiesen werden. Das unbedingte Retentions-Recht indeß, kann auch dem fremden Erwerber nicht abgesprochen werden. Wenn demnach der Gegenstand der in Frage gebracht wird, eine Sache ist, die der Erwerber in Händen hat; so glaube ich, er kann sie zurück halten, bis ihm das gegebene Geld geboten wird.

Weiter wüßte ich keine Eigenheiten des hamburgischen Rechts bey der Paulianischen Klage; die übrigen vorkommenden Fragen werden aus dem gemeinen Rechte beantwortet werden müssen; oder sie sind leicht nach dem hamburgischen Rechte zu beantworten, wie, die Verjährung der Paulianischen Klage nach den Vorschriften des Tit 21. P. I. Statuti.

Ich nehme jetzt den oben verlassenen Faden von den Anzeigen der Insolvenz wieder auf, um die Betrachtung über deren Kraft zur Bewirkung des Concurses anzustellen. Welche Betrachtungen hier am rechten Orte stehen, weil nun die Erläuterung der Anzeigen mit dem Ausbruche des Concurses selbst, in nahe Verbindung gebracht werden kann.

Die Absicht nehmlich, der in dem 1sten Art. der Falliten-Ordnung beschriebenen Anzeigen der Insolvenz, ist

ja angegebenermaßen, den Gläubiger anzuweisen, wann er das Recht habe die Eröfnung des Concurses zu fordern; und dem Richter ein Gesetz zu geben, wann er sich entschließen könne, dem Verlangen der Gläubiger um Concurs, zu willfahren. — So sehr die vorliegenden Bestimmungen mit einer weisen Vorsicht ausgearbeitet sind, um nicht ohne die äußerste Noth das große Unglück eines Concurses statt finden zu lassen; so sind dieselben doch nur in dem Gesichtspunkte zu nehmen, daß sie eine dringende Vermuthung der Insolvenz abgeben; nicht aber, als wenn sie die Insolvenz unbedingt bewiesen. Es kann Gegenbeweiß geführt werden. Und daher darf der Concurs bey Hervorgehung dieser Anzeigen nur erklärt werden, wenn die Zahlfähigkeit nicht hat erweißlich gemacht werden können. Freylich mögen es zuweilen nur die Mittel seyn, diesen Gegenbeweiß rechtlich zu führen, die da fehlen; es bleibt daher zwar möglich, daß bey solchen Umständen die Behauptung des Schuldners: doch noch Vermögen genug zur Befriedigung seiner Gläubiger zu haben, wahr sey. Allein nun ist doch alle mögliche Vorsicht angewandt; der Schuldner kann sich demnach nicht über Unrecht beschweren, wenn der Richter, weil die Umstände dringend sind, nicht länger Anstand nimmt dem Verlangen der Gläubiger, Concurs zu erklären, nachzugeben. Nach Feststellung dieser Principien, deren Beweiß aus dem zu Anfange Ausgeführten, hervorgeht, gehe ich zur Untersuchung der Anzeigen selbst über; ich werde sie erklären und den Grad ihrer Wahrscheinlichkeit, darüber daß Insolvenz da sey, prüfen.

Der

Der Schuldner ist pro Fallito zu achten:

1) Wenn er sich selbst insolvent erklärt.

Die Bestimmung läßt sich wenn man die Worte ansieht, auf zweyerley Art auslegen. Man kann darunter sowohl eine Privat-Erklärung des Schuldners verstehen; als die öffentliche Erklärung desselben, da er um das beneficium cessionis bey dem Richter anhält. Der Sinn des Gesetzes deutet indeßen nur auf die erstere, auf die Privat-Erklärung; denn es bedarf ja von Seiten der Gläubiger keiner Bemühung mehr, den Concurs über ihren Schuldner zu verhängen, wenn er selbst die Handlung beginnt wodurch die Uebertragung der Güter bewirkt wird. Der 24ste Art. der Falliten-Ordnung setzt die Sache, in welchem Sinne die gegenwärtige Stelle zu nehmen ist, ausser allem Zweifel. Es wird in dem Art. auch davon, wann ein Fallissement für kundbahr zu achten ist, gehandelt, nur in einer andern Absicht. Da heißt es: "wenn der Schuldner sich per supplicam insolvent erklärt." Aus dem hier so bestimmten Ausdrucke ist es demnach ersichtlich, daß der unbestimmte Ausdruck im 11ten Artikel, sagen wolle: wenn ein Schuldner seinen Gläubigern zu verstehen giebt, daß seine Umstände schlecht wären; so gäbe dies eine Ursache ab, den Concurs zu verhängen. Bey dem einfachen Geständnisse des Schuldners, ist indeßen immer noch keine Gewißheit da. Es müssen die Umstände unter denen er so gesprochen hat, untersucht werden, und er muß um den Gegenbeweiß seiner gethahenen Angabe befragt werden. Vielleicht hat er nicht in vollem Ernste gesprochen, sondern nur um den Augenblick einen läsli-

ja angegebenermaßen, den Gläubiger anzuweisen, wann er das Recht habe die Eröfnung des Concurses zu fordern; und dem Richter ein Gesetz zu geben, wann er sich entschließen könne, dem Verlangen der Gläubiger um Concurs, zu willfahren. — So sehr die vorliegenden Bestimmungen mit einer weisen Vorsicht ausgearbeitet sind, um nicht ohne die äußerste Noth das große Unglück eines Concurses statt finden zu lassen; so sind dieselben doch nur in dem Gesichtspunkte zu nehmen, daß sie eine dringende Vermuthung der Insolvenz abgeben; nicht aber, als wenn sie die Insolvenz unbedingt bewiesen. Es kann Gegenbeweiß geführt werden. Und daher darf der Concurs bey Hervorgehung dieser Anzeigen nur erklärt werden, wenn die Zahlfähigkeit nicht hat erweißlich gemacht werden können. Freylich mögen es zuweilen nur die Mittel seyn, diesen Gegenbeweiß rechtlich zu führen, die da fehlen; es bleibt daher zwar möglich, daß bey solchen Umständen die Behauptung des Schuldners: doch noch Vermögen genug zur Befriedigung seiner Gläubiger zu haben, wahr sey. Allein nun ist doch alle mögliche Vorsicht angewandt; der Schuldner kann sich demnach nicht über Unrecht beschweren, wenn der Richter, weil die Umstände dringend sind, nicht länger Anstand nimmt dem Verlangen der Gläubiger, Concurs zu erklären, nachzugeben. Nach Feststellung dieser Principien, deren Beweiß aus dem zu Anfange Ausgeführten, hervorgeht, gehe ich zur Untersuchung der Anzeigen selbst über; ich werde sie erklären und den Grad ihrer Wahrscheinlichkeit, darüber daß Insolvenz da sey, prüfen.

Der

Der Schuldner ist pro Fallito zu achten:

1) Wenn er sich selbst insolvent erklärt.

Die Bestimmung läßt sich wenn man die Worte ansieht, auf zweyerley Art auslegen. Man kann darunter sowohl eine Privat-Erklärung des Schuldners verstehen; als die öffentliche Erklärung desselben, da er um das beneficium cessionis bey dem Richter anhält. Der Sinn des Gesetzes deutet indeßen nur auf die erstere, auf die Privat-Erklärung; denn es bedarf ja von Seiten der Gläubiger keiner Bemühung mehr, den Concurs über ihren Schuldner zu verhängen, wenn er selbst die Handlung beginnt wodurch die Uebertragung der Güter bewirkt wird. Der 24ste Art. der Falliten-Ordnung setzt die Sache, in welchem Sinne die gegenwärtige Stelle zu nehmen ist, auser allem Zweifel. Es wird in dem Art. auch davon, wann ein Fallissement für kundbahr zu achten ist, gehandelt, nur in einer andern Absicht. Da heißt es: "wenn der Schuldner sich per supplicam insolvent erklärt." Aus dem hier so bestimmten Ausdrucke ist es demnach ersichtlich, daß der unbestimmte Ausdruck im 11ten Artikel, sagen wolle: wenn ein Schuldner seinen Gläubigern zu verstehen giebt, daß seine Umstände schlecht wären; so gäbe dies eine Ursache ab, den Concurs zu verhängen. Bey dem einfachen Geständnisse des Schuldners, ist indeßen immer noch keine Gewißheit da. Es müssen die Umstände unter denen er so gesprochen hat, untersucht werden, und er muß um den Gegenbeweiß seiner gethanenen Angabe befragt werden. Vielleicht hat er nicht in vollem Ernste gesprochen, sondern nur um den Augenblick einen läsi-

gen Mahner abzuweisen; oder die Insolvenz hat nur in der Einbildung bestanden, der Glaube des Schuldners: seine Umstände wären schlecht, war eine Anwandelung von Melancholie; oder die Sachen haben sich wieder geändert, oft kann ja dies bey dem Kaufmanne durch die Nachrichten einer einzigen Post geschehen.

2) Wenn der Schuldner nach ergangener Verurtheilung und darauf erfolgter Hülfe nicht pfandbahr befunden ist.

Auf ein Urtheil, das der Verurtheilte hat rechtskräftig werden lassen, folgt, wenn derselbe nicht gutwillig gehorcht, die richterliche Hülfe, die Pfändung. Es ergiebt sich aus der Sache selbst daß dem Verurtheilten nur das abgenommen werden könne, was der Wahrscheinlichkeit nach, sein ist; daß daher die Pfändung nur auf sein bekanntes Vermögen gehen könne. Dies ist denn, was er in seinem Hause und in seinem Beschlusse hat. Ferner kann nach hamburgischem Rechte, diese Wegnehmung der Güter nur auf bewegliche Güter gehen; um liegende Gründe und versicherte Capitalien des Schuldners, zur Befriedigung der Forderung zu erhalten, dazu gehört eine besondere gerichtliche Verfolgung.

S. Kriger Introduct. in prax. fori Hamburg. Cap. XI. Sect. I.

und Schlüters angeführtes Werk: Von den Erben und von dem Entsetzungs-Prozesse.

Endlich kann der Schuldner noch in der Fremde Güter liegen haben, worauf demnach ebenfalls die Pfändung nicht gehen kann. Ist nun der Fall, daß bey dem Verurtheilten wenig bereite Güter zu finden sind, so ist

er

er freylich nicht pfandbahr, aber seine Insolvenz ist damit nicht erwiesen. Daher kann, auf das nicht pfandbar befinden, nicht gleich der Concurs folgen; erst muß der Schuldner aufgefordert werden Gegenstände der Bezahlung anzuzeigen; kann oder will er dies nicht, dann ist Zeit und Ursache da, den Concurs zu eröfnen. — Mit dem nicht pfandbahr befinden, steht in naher Verwandschaft, wenn

3) Frey-Zettel Schulden halber, auf den Schuldner erkannt sind.

Die gefängliche Haft eines Menschen, weil er nicht bezahlen will, wird, ausser bey Wechseln, nicht anders gestattet, als wenn derselbe nicht pfandbahr befunden worden, und er keine Erbgesessenheit in Hamburg und im hamburgischen Gebiete beweisen kann. Es ist daher wenn ein Gläubiger den Freyzettel von dem Prätor erhält d. i. den Erlaubniß-Schein den Schuldner arretiren lassen zu können, — sehr deutlich, daß für die übrigen Gläubiger ebenfalls keine Bezahlung zu bekommen seyn wird. Diese letztern denn, nicht aber der Gläubiger der den Freyzettel nimmt, können nur die Eröfnung des Concurses fordern. Sie allein dürfen dies nur, weil sie erst Gegenstände zu ihrer Bezahlung aufsuchen wollen, jener aber durch die gefängliche Haft seines Schuldners befriediget wird. Es ist indeß auch durch die Erkennung des Freyzettels noch keine völlige Gewißheit da, daß der Schuldner unzahlfähig ist; kömmt dieser nun noch mit dem Beweise Vermögen genug zu haben, so darf durchaus keinem Concurse statt gegeben werden. Sonst aber ist allerdings eine sehr dringende Vermu-

thung

thung für die Unzahlfähigkeit da; welcher Schuldner wird es so auf das äußerste, bis zur persöhnlichen Haft kommen lassen, der noch irgend Anstalten zur Bezahlung machen kann.

4) Wenn einer acceptirte Wechsel von Nichtbezahlung gegen sich protestiren läßt.

Die Folge der Nichtbezahlung eines acceptirten Wechsels, ist, persöhnliche Haft des Acceptanten oder schnelle Execution auf seine Güter; wenn nicht der Inhaber des Wechsels lieber auf die Indoßenten oder den Traßanten zurück gehen will. Der Acceptant demnach, der durch Weigerung der Zahlung diese Wahl in des Wechselgläubigers Willkühr stellt, muß durch große Noth dazu gezwungen seyn; dies ist wenigstens zu vermuthen. Zwar kann auch der Fall seyn, daß der Acceptant indem er sieht daß er seine Erholung an den Traßanten nicht nehmen könne, es mit der Zahlungs-Weigerung wagt, um zu versuchen, ob vielleicht der Inhaber an die Vormänner gehen würde. Allein, weil wenig Hofnung da ist, daß ihm dies gelingen werde; indem wenn der Acceptant nur zahlbahr ist, der Inhaber ja lieber an ihn sich halten, als einen weiteren Weg gehen wird; so ist diese Ursache nicht zu vermuthen. Ueberdies giebt der Umstand, daß dem Kaufmanne alles daran gelegen ist seinen Credit zu erhalten, einen Grund ab, die Unzahlfähigkeit als die Ursache der Nichtbezahlung eines Wechsels, anzusehen. Um den Credit zu erhalten, wird der Kaufmann nicht glauben zu theuer bezahlt zu haben, wenn er einen Wechsel bezahlt, zu dessen Vergütung er keine Hofnung hat. — Es ist hier die Gelegenheit von dem

persöhn-

persöhnlichen Credite des Kaufmannes zu sprechen, wie oben in der Einleitung von dem Credite des Staates als Hauptstütze der Handlung, geredet ist. — Wenn dem Kaufmanne sein persöhnlicher Credit geschwächet ist, so ist die Triebfeder seiner Thätigkeit abgespannt, und die Kraft seiner Wirksamkeit gelähmt. Folgendes ist die Ursache: gilt das Wort des Kaufmanns und gelten seine Wechsel nicht eben so viel als sein baares Geld, so sind seine Unternehmungen auf den Vorrath von diesem eingeschränkt; er kann demnach weder die rechte Zeit des Gewinnstes gehörig wahrnehmen, noch die günstige Aussicht für eine Waare benutzen. Sondern er wird, um nur irgend im Gange der Handlung zu bleiben, seine Waaren zu schlechten Preisen weggeben, und seine Einkauffungen da machen müssen, wo man das Misvertrauen gegen ihn, auf den Preiß der Waaren schlägt. So verliehrt er denn allmählig das Vermögen, die widrigen Fälle der Handlung auszuhalten, und früher oder später muß es zum Bruche mit ihm kommen. Bey alle dem ist der Credit ein so zartes Ding, daß nur eine geringe Ursache dazu gehört, ihn zu kränken. Wo nur Grund zur mindesten Bedenklichkeit gegen die Vermöglichkeit eines Kaufmanns entstanden ist, da ist auch der schwer zu tödtende Wurm erzeugt, der an den Grundpfeilern des kaufmännischen Wohlstandes nagt.

Büsch spricht im 1sten Theile der Darstellung der Handlung. Cap. 4. §. 3. 4. von dem persöhnlichen Credite.

Durch Vereinigung aller dieser Umstände erscheint gewiß das Gesetz sehr gerecht, daß die Vermuthung:

wer

wer seinem Accepte nicht Genüge leiste, sey unzahlfähig, — dringend aufkomme. Besonders da kein Unterschied gilt, ob die Unzahlfähigkeit bloß im Mangel an bereitem Gelde, oder an wirklichem Vermögen besteht. Wie uns die traurige Erfahrung, in dem für die Handlung unglücklichen Jahre 1763, gelehret hat. Ich werde am Ende dieses Artikels, davon handeln, warum der Concurs das beste Mittel für die Gläubiger ist zu ihrer Befriedigung zu kommen, wenn auch des Schuldners Unvermögenheit, nur eine Unvermögenheit der gegenwärtigen Zeit ist.

5) Wenn der Schuldner zur Zeit da auf Bezahlung in ihn gedrungen wird seine Güter heimlich wegbringt.

Es ist an sich selbst keine unredliche Handlung, daß ein Mann der Schulden hat Güter weggiebt; daher darf die Bedingung: daß die Gläubiger auf Befriedigung dringen, hier nicht ausgelassen werden. Indeßen läßt sich das hier angegebene unredliche Verfahren des Schuldners in beyden Fällen, sowohl da er gemahnt wird, als da er gerichtlich zur Bezahlung angehalten wird, gedenken. Kann im ersteren Falle der Gläubiger erweißlich machen, daß die Schuld unzweifelhaft sey, und daß der Schuldner seine Nachsicht vielleicht gemißbrauchet habe, um, was zur Bezahlung der Forderung dienen konnte zu entfernen; so fordert der Gläubiger mit Recht den Concurs. Denn, welche andere Ursache kann das Benehmen des Schuldners haben, als mißliche Vermögens-Umstände desselben. — Wenn der Schuldner gerichtlich angehalten wird, so kann aus eben dieser Ursache,

sache, und um so viel leichter der Concurs erklärt werden, weil die Wahrheit der Schuld schon ausgemacht ist. Eine erkannte Exécution hat bis zur Vollziehung noch immer eine Zwischen-Zeit, da ihr nach Verschiedenheit der Fälle: Tagdingung, oder Wahrschauung und Queernacht, vorhergeht; da kann also viel von dem Schuldner an die Seite gebracht werden, was ein Gegenstand der Execution abgeben könnte. Bey diesen Umständen ist denn eine schnelle Concurs-Eröfnung, das sicherste Mittel dem betrügerischen Verfahren des Schuldners Einhalt zu thun. — Daß aber die Wegbringung der Güter heimlich geschehen müsse, um die Forderung der Gläubiger zur Concurs-Erklärung zu berechtigen, kann wohl nicht wörtlich genommen werden; sondern immer werden die Gläubiger dazu berechtiget seyn, wenn aus dem Umständen der Wegbringung unredliche Absicht des Schuldners hervorleuchtet. Sonst freylich kann auch der Gläubiger das Gut, das der Schuldner öffentlich wegschaft, arretiren. Bey diesem allen wird, wie es sich von selbst versteht, der Schuldner den Gegenbeweiß seiner Zahlfähigkeit führen, und das Verfügungs-Vermögen, das ihm ja noch nicht genommen war, rechtfertigen dürfen.

6) Wenn der Schuldner seine Creditores privatim zusammen ruft, und ihnen einen Accord anbietet, und ein oder mehrere Creditoren sich solchen anzunehmen weigern.

Der Privat-Accord, oder wie man ihn in Hamburg nennt, der Accord unter der Hand, ist eine durch die Gesetze zwar nicht verbotene, aber doch auf keine Art bekräf-

bekräftigte Sache. Der Schuldner, der zur Anbietung deſſelben ſeine Gläubiger zuſammen ruft, hat demnach nichts weiter als das Bekenntniß ſeiner Inſolvenz abgelegt, ohne daß im mindeſten ein Concurs-Recht eingetreten iſt. — Es iſt wichtig den Privat-Accord von dem römiſchen Nachlaß-Vertrage, und dem Accorde zu unterſcheiden, der nach eröfnetem Concurſe in Hamburg ſtatt hat; um nicht Grundſätze hiervon, in den Privat-Accord hinein zu bringen, wo ſie ganz unpaſſend wären. Mit dem römiſchen nothwendigen Nachlaß-Vertrage hat es folgende Bewandniß. Der Gerichtsgebrauch hat Geſetze des römiſchen Rechts, die eigentlich nur von Nachlaß-Verträgen handeln die ein Erbe mit den Erbſchafts-Gläubigern, damit die Erbes-Antretung geſchehen möge, ſchließt,

Dabelow a. a. O. 3ten Theil §. 329. und 330.

auf jeden Gemeinſchuldner, angewendet. In den Gerichten wird dem Schuldner, ein Proclam zur Zuſammenberuffung der Gläubiger geſtattet; mit den Executionen wird eingehalten, und ohne daß eigentlich ein Concurs-Recht eingetreten iſt, wird, wenn die Mehrheit der Gläubiger dem Schuldner einen Nachlaß bewilligt, der Minderheit ſich dieſen Beſchluß gefallen zu laſſen, auferlegt. Wenn es nun gleich wahr ſeyn mag, daß den geſammten Gläubigern, durch einen ſolchen Nachlaß-Vertrag beſſer vorgeſehen iſt, als durch das weitläuftige Concurs-Verfahren des gemeinen Rechts; ſo iſt es doch nicht zu läugnen, daß jenes Verfahren viel Nachtheiliges mit ſich führt. Der Schuldner hat dabey viel Gelegenheit zu betrügen, indem während der An-

bietung des Accordes, dem Schuldner nicht das Verfügungs-Vermögen über seine Güter genommen ist, wohl aber den einzelnen Gläubigern das Verfolgungs-Recht. Es ist also ein Mittelding zwischen Concurs und Privatverhandlung da. Die Gerichte mischen sich in die Sache um dem Schuldner zu helffen, dagegen geschieht wenig um zu erforschen, ob der Schuldner auch mehr hat, als er seinen Gläubigern vorlegt.

S. über die ganze Lehre:

G. L. Böhmer de pacto remissorio in concur. Cred. — in Exerc. ad ff. Tom. 5.

Wölderndorff von Nachlaßverträgen. Erlangen, 1788.

Dabelow a. a. O. 3ter Th. §. 329. und besonders §. 345.

In Hamburg ist vor der Einführung der neuen Falliten-Ordnung, das obige Verfahren ebenfalls gebräuchlich gewesen; und die Erfahrung hat die Nachtheile der Gläubiger dabey, gelehrt. Der Art. 80. der Falliten-Ordnung sagt es deutlich, und eine Ansicht der alten Acten über die Proclamata, im hiesigen Nieder-Gerichte, giebt uns häufige Beyspiele davon. Die neue Falliten, Ordnung hat nun die Einrichtung getroffen, daß das Gute der nothwendigen Nachlaßverträge erhalten bliebe, das Nachtheilige aber abgeschaft würde; sie hat den nothwendigen Accord erst statt gegeben, wenn ein Concurs erklärt worden und die Masse constituirt ist. Bey allem hingegen, was außer dem wirklichen Concurse, von dem Schuldner mit den Gläubigern verhandelt wird, hat sie keine gerichtliche Mitwirkung gestattet, und dadurch die Accords-Erbietung des Schuldners zu einer

bloßen Privat-Sache gemacht. "Wenn auch einige Zeit her," sagt der angeführte Art. 80. "einige Debi-"toren beym empfindlichen Druck ihrer Schuldenlast sich "beym Nieder-Gerichte ein Proclama pro convo-"candis Creditoribus ausgebeten, mehrentheils in der "Absicht den Lauf der Executionen zu hemmen, und sich "in dem Besitze ihrer Güter, in praejudicium Credi-"torum zu erhalten, dergleichen Verfahren aber zu vie-"len üblen Folgen Anlaß giebt; als soll solches ins "künftige zu dem intendirten unerlaubten Zwecke nicht "zugelassen, sondern ein jeder, der seine Creditores mit "selbigen zu accordiren oder ihnen seine Güter zu über-"tragen vorladen will, nach Anweisung dieser Ordnung "sich zu verhalten schuldig seyn. —

Dem Schuldner ist demnach das Recht genommen, sich durch Erbittung eines Proclams zur Zusammen-ruffung der Gläubiger, wider die einzelnen Executionen ein Moratorium zu geben; wie auch die Gläubiger von der Verpflichtung entbunden sind, es bey dem Accorde auf die Stimmen-Mehrheit ankommen zu lassen. Wenn ein einziger den Accord weigert, heißt es im vorliegenden Art. I. so muß auf Verlangen dieses Gläubigers der Con-curs eröfnet werden. Obgleich die ganze Einrichtung der Concurs-Ordnung in Hamburg so vortreflich ist, daß bey jedem Fallißemente der Gläubiger die Aussicht hat, noch etwas aus dem Bruche zu retten, ohne daß dies sehr lange Zeit währen werde; so ist doch so viel ge-wiß: noch geschwinder und weniger kostspielig geht die Sache durch den Accord. Wenn demnach der Schuld-ner nur aufrichtig ist, und alles sein Gut hergiebt, so

ist

ist die Statthabung eines Accordes unter der Hand, eine sehr wünschenswerthe Sache; und dann ist es dem Schuldner zu gönnen, daß er nicht bis auf das äußerste gebracht wird. Allein, weil die Gläubiger alle ohne Ausnahme einwilligen müssen, so scheint es eine schwere Aufgabe zu seyn, einen Accord zu vermitteln. Indeßen er wird doch oft möglich gemacht; ein kluges Benehmen der theilnehmenden Partheyen muß den Schwierigkeiten zu begegnen wissen. — Folgendes wären hierüber einige allgemeine Regeln. Der Schuldner muß den Accord zu einer Zeit anbieten, wann nicht grade dringende Schulden fällig sind die daher sogleich eingetrieben werden; oder er muß diese Gläubiger erst auf seine Seite gebracht haben, daß sie mit der Execution ihrer Forderungen Anstand nehmen. Denn wie kann er hoffen daß die Gläubiger deren Zahlung noch bevorsteht den Vorschlägen Gehör geben werden, wenn sie sehen daß einzelne, zu sich nehmen was noch da ist; sie werden ja ohne weiteres das Mittel ergreiffen das die besondern Executionen hemmt, die Concurs-Erklärung. — Eine aufrichtige Entdeckung des Zustandes der Dinge, an Seiten des Schuldners, und die Vorausicht daß der Concurs erklärt werden werde, wird vielleicht den Gläubiger der gleich exequiren kann, bewegen, mit der Eintreibung der Schuld zu warten; allein sehr schwierig ist dies bey den zu bezahlenden Wechseln. Die Inhaber dieser sind nicht immer bekannt, sie melden sich erst wenn der Wechsel fällig ist; daher ist bey diesen das Bereden zum Warten erst möglich, wenn sie die Bezahlung fordern. Ist demnach auf sie der Accord mit berechnet, so muß der

Schuldner Mittel und Wege wissen, diese wenn sie kommen, für seine Sache einzunehmen. Hier ist das Dienlichste, zu jeder Zeit auf die Concurs-Erklärung gefaßt zu seyn; und sie muß geschehen, wenn sich der Wechselgläubiger nicht geneigt finden läßt, sich auf den Accord einzulassen, oder wenn er nur zweydeutige Antwort giebt. Sind nun von dieser Seite alle Schwierigkeiten besiegt; dann muß ferner auch der Accord annehmlich eingerichtet seyn; sonst wird wieder der Schuldner damit durchkommen können. Annehmlich ist der Accord nur dann, wenn ersichtlich ist, daß aus dem Concurse nicht mehr herauskommen werde, und wenn das Verhältniß beobachtet ist, das die Falliten-Ordnung setzt. Sicher wird im Gegentheile von diesem letzteren, der hypothecarische Gläubiger nicht einwilligen, wenn z. B. dem chyrographarischen, unverhältnißmäßig mehr als in der Falliten-Ordnung, zugetheilt wird; und so auch umgekehrt. Freylich wird ein billig denkender Gläubiger nicht aus Eifersucht den Accord dann verwerffen, wenn er sieht, daß der Schuldner den einen oder den andern Gläubiger nur durch Versprechungen auf künftige Nachzahlung, oder da ein Freund des Schuldners aus seiner Tasche zulegt, gewinnt; allein einer muß doch nicht zum Nachtheile des andern bereichert werden. — Um die Gläubiger von seiner Aufrichtigkeit zu überzeugen, muß der Schuldner ihnen nicht allein die Einsicht seiner Handlungs-Bücher, und seines ganzen Vermögens unverheelt geben; sondern sich auch nicht mehr als freyer Verfüger betragen; vielmehr durch Gefälligkeit sich Freunde machen. Wenn es denn endlich zur Einwilligung der Gläubiger gekom-

men ist, so hat der Accord die Kraft eine Vertrages, und aus deßen Inhalte müssen die Rechte der Partheyen beurtheilet werden, z. B. ob die Gläubiger das Nachmahnungs-Recht behalten, oder nicht. Uebrigens bringt der Accord unter der Hand, keine weitere Aenderung in dem bürgerlichen Verhältnisse des Schuldners hervor; hier wird von dem Geschehenen keine Kenntniß genommen.

Ich habe einige Fälle angegeben wo während der Accords-Verhandlung schnell Concurs erklärt werden muß. Es ist eine gefährliche Sache bey dem Accords-Vorschlage, daß zuweilen nur durch schnelle Concurs-Erklärung gehindert werden kann, daß nicht ein Gläubiger seine Forderung beytreibt; denn, einem Gläubiger der seine Sachen klug anfängt, wird es wohl dann und wann gelingen mit der Execution der Concurs-Erklärung zuvorzukommen, und sich so einen Vorzug zu verschaffen. Und auf die Frage was ist dabey zu thun? wird sich schwerlich ein bestimmtes Hülfsmittel angeben lassen; man muß bey dem allgemeinen Rathe bleiben: genaue Aufmerksamkeit auf das Benehmen des Gläubigers zu haben, um ihm zuvor kommen zu können. Dabey aber ist die fernere Frage: wie wird der Concurs plötzlich erklärt? — Die Erklärung zu Rath zu übergeben, ist nicht alle Tage möglich, und noch weniger zu jeder Stunde; weil nicht täglich Raths-Versammlung ist; der Exhibition dieser Supplik aber, bey dem Bürgermeister oder auf der Kanzeley, will man keine sichere Wirkung beylegen. (Welches ich weiter unten ausführen werde.) Das, was übrig bleibt ist demnach, daß von den Gläubigern der Universal-Arrest bey dem

Prätor nachgesucht werde. Und diesen wird der Prätor, mit dem Willen des Schuldners und auch wider Willen desselben, sogleich zu erkennen nicht anstehen; weil nach Anleitnng des 1sten Art. der Schuldner durch Anbietung des Accords, seine Unzahlfähigkeit gesteht, und hier Gläubiger sind die den Accord nicht annehmen wollen, wonach der Schuldner für fallit zn achten ist. — Kann der Schuldner indeßen nun noch Anstalten machen alle seine Gläubiger zu befriedigen, würden z. B. um den Concurs abzuwehren, Bürgen für ihn auftreten, so werden die Gläubiger gerne znfrieden seyn.

Der Art. I. hat mit Angebung dieser bestimmten Insolvenz-Anzeigen die Befugniß des Richters, Concurs zu erklären, nicht beschlossen; sondern anch bey Hervorgehung anderweitiger "Umstände die zur rechtlichen Ver-"muthung einer Insolvenz begründeten Anlaß geben„ den Schuldner für fallit zu achten erlaubt. Allerdings ist der Richter hierbey vorsichtig, und die Erfahrung lehrt wie schwer es hält den Concurs zu bewirken, wenn die Gläubiger aus solchen anderweitigen Umständen darauf dringen. Allein dieser Ursachen lassen sich doch viele sehr gerechte denken; man nehme den Fall, ein Mann bezahlte die fälligen Forderungen alle durch Gebungen an Zahlungs statt, (dationes in solutum), durch Anweisungen auf Waaren-Läger, oder ließe allen diesen Gläubigern ihre Gelder in seine liegenden Gründe versichern; da würden die spätern Gläubiger ohne Zweifel Recht haben, wenn sie behaupteten: ein Mittel ergreifen zu dürfen, damit für ihre Forderungen auch noch etwas übrig bliebe. Wie sich dies außerdem aus der eben abgehandel-

handelten Ursache zum Concurse ergiebt, wo der Schuldner alle Gläubiger, auch der nicht fälligen Schulden zusammen ruft, und diese alle unter die weigernden Gläubiger die den Concurs bewirken können, begriffen werden.

Ich nehme die oben (Seite 126.) verlassene Frage wieder auf: welche Mittel sind am räthlichsten alsdann zu gebrauchen, wenn des Schuldners Unzahlfähigkeit nur in einem Mangel an bereitem Gelde bestehet? — oder mit andern Worten: sind Moratoria (Anstandsbriefe) rathsahm, wenn der Schuldner an Ausständen reich ist? Ich fasse die aufgeworffene Frage, auf die geschehene Art, weil es keine Frage über die Verwerflichkeit der Moratoria bedarf, wenn des Schuldners Insolvenz aus wirklich zerrütteten Vermögens-Umständen entsteht. Denn, wenn die Moratoria auch in diesem Falle von einigen Gerichten in Deutschland gegeben werden, so ist dies mißbräuchlich. Moratoria sollten der Natur der Sache gemäß nur ertheilt werden, wenn der Schuldner beweisen kann daß ihm der Anstand ein Mittel seyn würde, allen seinen Gläubigern gerecht zu werden; nicht, sollten sie ertheilt werden, um ihm Mittel zu geben das verfallene Vermögen wieder aufzurichten. Letzteres würde die offenbahrste Ungerechtigkeit gegen die Gläubiger seyn. Denn der Zweck der Moratorien ist zwar: um den Schuldner nicht verderben zu lassen. S. Preuss. Proceß-Ordn. 2ten Th. 23sten Titel. Aber dies kann doch nicht gradezu auf Gefahr und Kosten der Gläubiger geschehen. — Gegeben werden die Moratoria, theils von den Gläubigern selbst, theils von den Richtern. Daß, wenn die Mehr-

heit der Gläubiger dem Schuldner eine Zahlungsfrist bewilliget, die Minderheit sich dies gefallen zu lassen gezwungen ist, ist durch den Gerichtsgebrauch eingeführt; wovon oben bey dem Privat-Accorde gehandelt worden. Die Obrigkeit hat ihre Befugniß, aus den Reichsgesetzen. Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1548 Tit. von verdorbenen Kaufleuten — Dieselbe vom Jahre 1577. Tit. 23. letzter §. In Hinsicht auf das positive Recht also, ist kein Zweifel über die Rechtmäßigkeit dieses außerordentlichen Hülfsmittels. Allein wenn man die Sache nach den Gruudsätzen des allgemeinen Staatsrechtes untersucht, so läßt sie sich schwerlich billigen. Die der Obrigkeit ertheilte Befugniß zu Moratorien, berechtigt dieselbe: den Gläubigern das wohlerworbene Recht ihren Schuldner sogleich verfolgen zu können, zu nehmen, also eine Aufopferung von ihnen zu fordern, damit der Schuldner behalten bleibe. Es kann freilich zum Besten der Gläubiger ausschlagen, daß ihnen der Concurs nicht bewilliget ist; aber, wenn nun wider ihren Willen für ihr Bestes gesorgt wird, ist das wirklich eine Wohlthat die man ihnen erzeigt? Kann man eine Wohlthat aufdringen? Nein, wenn der Gläubiger einmal sein Bestes darin sieht seinen Schuldner sogleich anzugreiffen, so ist der Gläubiger wenn er auch unrecht sähe, an seinem begründeten Rechte dadurch gekränkt daß man ihm verwehrt nach seinem Willen zu handeln. Und, hat der Gläubiger irgend eine rechtliche Verpflichtung um des Schuldners willen Aufopferungen zu machen? — Wenn ihn das Mitleiden nicht aufruft, keine. Um das Beste desselben zu befördern

dern hat er nicht mit dem Schuldner contrahiert, daher ist dessen Schicksahl ihm gleichgültig.

Dem positiven Rechte über die Moratoria liegt, wie schon gesagt ist, ohne Zweifel die Bedingung zum Grunde, daß das Moratorium nur ertheilt werden dürfe, wenn keine Gefahr für die Gläubiger, mehr zu verliehren, dabey zu besorgen ist. Nun aber ist es in Handlungs-Staaten ganz unmöglich Moratoria zu gestatten ohne diese Gefahr wirklich auf die Gläubiger zu bringen; und daher eben sind die Moratoria daselbst, immer zu mißbilligende Hülfsmittel. Der Kaufmann der ein Moratorium sucht, hat den Vorsatz fortzuhandeln, wenigstens wird er durch die Bewilligung desselben, stillschweigend dazu befugt. Wer Handel treibt ist auch dem Verluste ausgesetzt; am allerwenigsten Seegen aber ist von der Handlung eines Mannes zu erwarten, der sich mit einem Moratorio vor seinen früheren Gläubigern schützt, da der Credit desselben sicher verlohren ist. Dieses sind die Besorgnisse die schon die Gestattung eines kurzen Anstandes (von vielleicht einigen Monaten) widerrathen, und lieber zur Concurs-Eröfnung bey mißlichen Umständen schreiten lassen müssen. Da kommen doch die Ausstände sicher zum Vortheile der Gläubiger zur Masse, und der Gläubiger rettet was zu retten ist; welches ihm angenehmer seyn muß als eine unsichere Aussicht auf die Zukunft. Wenn hingegen gar, die Frist lange hinausgesetzt wird, wenn die Moratoria, Quinquenellen (d. h. fünfjährige Anstandsbriefe) sind; da verliehrt der kaufmännische Gläubiger, ohne hier die größere Gefahr zu rechnen, schon dadurch, daß er sein

Geld nicht benutzen kann. Vielleicht würde er mit dem Theile den er aus der Concurs-Masse bald erhalten hätte, mehr gewonnen haben, als was er jetzt mehr von dem Schuldner erhält. Denn die Masse, eines Mannes der sich noch durch Moratorien zu helffen denkt, kann nicht ganz schlecht ausfallen. Freylich gehört nun zur geschwinden Vertheilung einer Concurs-Masse eine gute Falliten-Ordnung. Die aber haben wir in Hamburg, und daher taugen die Moratorien bey uns am wenigsten.

Ich habe den Schuldner der durch ein Moratorium geschützt wird nur als einen redlichen Mann gedacht; aber man denke sich einen Betrüger, der das Moratorium von der Obrigkeit zu erschleichen gewußt hätte, um die besten Sachen an die Seite zu bringen. In welche Hände ist nun nicht das Schicksahl der Gläubiger gegeben. Gewiß, um der Möglichkeit des Betruges willen allein, sollte man schon überall keine Moratoria gestatten.

Wenn es demnach für die einzelnen Gläubiger ungerecht ist Moratoria zu erlauben, so ist es ferner auch unpolitisch für den Handels-Staat, wenn er seine Bürger mit Moratorien schützt. Hier kömmt alles das in Betrachtung was ich in der Einleitung von dem Credite den sich der Handels-Staat verschaffen, und erhalten muß, gesagt habe.

S. auch Büsch Darstellung der Handl. 3ten Th. Abschn. Von den Bankerotten. §. 4. 5.

Es kann nicht oft genug wiederholt werden, daß ein Handels-Staat alles das forgfältig vermeiden muß, was Mißtrauen gegen seine Unpartheylichkeit erregen kann. Der Bürger des Staats hat zwar Gelegenheit

sich

sich von der Gerechtigkeit seiner Obrigkeit zu überzeugen; der Auswärtige aber weiß nicht, ob die Obrigkeit die den Schuldner schützt auch redlich in diesem Falle handele. Der Auswärtige wird vielmehr nur gar zu geneigt seyn, zu glauben, daß sein Bestes hintenan gesetzt werde um den Bürger zu begünstigen. Wird dem Auswärtigen durch den Concurs die Sache offen vorgelegt, so hat er keine Ursache dem Staate seinen Verlust beyzumessen; er wird aber, (weil es einmal in der Natur eines jeden Menschen liegt, so gerne eine Schuld von sich ab und auf einen andern zu wälzen,) die Rechtspflege, nicht die Insolvenz des Schuldners zum Gegenstande seiner Unzufriedenheit machen, wenn ein Moratorium gegeben ist. Und es bedarf zuweilen nur der Unzufriedenheit einzelner Kaufleute um dem andern Staate einen ganzen Handlungs-Zweig zu entziehen.

S. noch über die Tadelswürdigkeit der Moratorien, Günther, Preisschrift: über Wucher. Hamb. 1790. (im 3ten Theile der Handlungs-Bibliothek.) S. 318.

Der Hamburgische Senat ist so gerecht die Moratoria nicht zu ertheilen. Alle Gesuche darum sind bis jetzt, und in den neuesten Zeiten, abgeschlagen worden. Der Schuldner hat, wenn er nicht sonst Hülfe zu schaffen im Stande gewesen ist, Concurs erklären müssen. Und die Erfahrung hat gelehrt, daß wir uns gut dabey stehen, und daß durch die Befolgung der Falliten-Ordnung wohl für die Gläubiger und für den Schuldner gesorgt ist. Die Sache ist nehmlich durch die Ereignisse des Jahres 1763 bewährt gefunden. In diesem für

die

die Handlung so unglücklichen Jahre, wäre es rathsahmer wie je gewesen, Moratoria zu ertheilen. Denn der Kaufmann bedurfte nichts weiter als Aufschub, um allen seinen Gläubigern gerecht werden zu können. Und da dies Schicksahl viele traf, und viele überdies dasselbe erwarten mußten; so würde es keinen durchaus schlimmen Eindruck gemacht haben, ein außerordentliches Hülfsmittel zu gebrauchen. — Es sey mir erlaubt einiges aus der Geschichte dieses unglücklichen Jahres aufzuführen *). Der siebenjährige Krieg vervielfältigte die Gegenstände des Handels, in den Ländern wo der Krieg nicht wüthete, besonders im Norden von Deutschland und in Holland sehr; und gab dadurch eine so schmeichelhafte Aussicht reich zu werden, daß die Kaufleute ihre Geschäfte ungeheuer vrrgrößerten. Nun war freylich nicht immer Geld da, aber dafür wußten die Wechselhäuser durch Wechselreuterey Rath. Einige holländische Häuser hatten sich besonders Credit zu verschaffen gewußt, und eine Tratte auf sie, ließ sich vortreflich verkaufen und discontiren. Die Wechselhäuser hatten freylich nicht den Fond der ungeheuren Summen die auf sie entnommen wurden, sondern hier half wieder ihr Credit. Wechsel wurden mit andern Wechseln bezahlt. — Alles dieses ging gut, so lange jedermann das Ver-

*) Die nach der Abfassung des Folgenden, erschienene vortrefliche Schrift des Herrn Professor Büsch, Geschichte der hamburgischen Handlung. Hamburg 1797. hat, durch die in den §. 45. u. ff. enthaltene Geschichte des Jahres 1763, die meinige freylich sehr dürftig und überflüßig gemacht. Allein weil es gar zu unangenehm ist, das Geschriebene wieder auszustreichen, so mag es bleiben.

Vertrauen zu den Häusern hatte, sie würden Mittel finden ihren Accepten Genüge zu thun. Aber wie jeder zu hoch gespannter Bogen endlich bricht, so konnte auch der bis ins unbestimmbahre getriebene Credit nicht länger halten. Wegen des geschlossenen Friedens im Jahr 1763 konnte es nicht fehlen, daß die Handlung nicht bald wieder in mehreres Gleichgewicht kommen würde; und daher war es für den Kaufmann nothwendig, sein Papier in einen soliden Fond zu verwandeln. Nun mußten die Wechselhäuser also ihre Accepten mit Gelde bezahlen; das aber war nicht so geschwinde, wie ein neuer Wechsel herbey geschaft. Das Haus von Arend Joseph und Comp. in Amsterdam kam in Verlegenheit und machte am Ende des Monates July, Bankerott. Gleich darauf die Gebrüder de Neufville ebenfalls. Der Fall dieser Häuser erschütterte die Handlungshäuser von fast ganz Europa. Allenthalben war die Kette der Wechselverbindungen durchgeleitet, und die benannten Häuser waren die auf welche sie hinaus lief. Hier wurden die Wechsel nicht bezahlt, also kamen sie mit Protest an die Rück-Verpflichteten zurück. Diese waren auf die Zahlung nicht vorbereitet, sie hatten ihre Gelder angelegt, und das vorige Hülfsmittel die Wechsel zu bezahlen, neue Wechsel, half nicht mehr. Hätte sich der Gang der Handlung mit einmal stocken lassen, so würden sich Wechsel gegen Wechsel haben aufheben und so diese Geldzeichen aus der Welt schaffen lassen. Allein da der Wechsel-Inhaber reel bezahlt haben wollte, weil er wieder reel bezahlen mußte; so ward die Unordnung entsetzlich groß.

In Schweden glaubte die Regierung wirklich dem Uebel dadurch abhelffen zu können, daß sie das Wechsel-Recht einige Zeit außer Kraft setzte. In Hamburg hingegen wo die Kaufmannschaft durch die aufgehörte Wechselzahlung in Amsterdam äußerst viel litt, gab man kein Moratorium. Die Häuser, die große Summen auf die Amsterdammer entnommen hatten, waren zwar an Ausständen reich, aber damit ließen sich die zurückkommenden Wechsel nicht befriedigen; es mußte auf den Augenblick Geld da seyn, und das war nicht zu haben. Was blieb also übrig, als, die Häuser mußten Concurs erklären; und da brachen in den Monaten August und September einige neunzig der ansehnlichsten Häuser. Aber unsere vortrefliche Falliten-Ordnung machte der Unordnung bald ein Ende. Die Ausstände kamen nach und nach ein, die Curatores bonorum konnten bald eine Masse formiren, in kurzer Zeit wurden abschlägliche Auszahlungen gehalten, eine Masse ward durch die andere auf diese Weise gebessert, bis die Ausstände alle da waren, alle Gläubiger befriediget und die Schuldner mit noch ansehnlichen Ausständen für sich, entschlagen werden konnten.

Freylich würde die Sache so gut nicht gegangen seyn, wenn wir wie nach gemeinem Rechte, nach den Classen bezahlt, die chyrographarischen kaufmännischen Forderungen demnach erst zuletzt hätten an die Reihe kommen lassen; hier wo es besonders darauf ankam den Kaufleuten Geld zu schaffen, würde durch das längere Warten, mancher Kaufmann noch gebrochen seyn, der jetzt doch

etwas

etwas wenigstens, sehr bald erhielt. Hatte er den ersten Stoß nur ausgehalten, so war er nun im Stande durch das theilweise Einkommende, die späteren Wechsel zu befriedigen.

Durch Moratorien würde zwar der Kaufmann, der als Fallite aus seiner Handlung gesetzt wurde, an der Börse erhalten seyn; allein mit welcher Beschwerlichkeit würde nicht die Handlung haben fortgeführt werden müssen, da der redliche Mann jetzt nur an Herbeyschaffung der Gelder, nicht an neue Unternehmungen hätte denken dürfen. Das Mißtrauen würde gröſser geworden seyn, weil es doch immer zu erwarten war daß einige ihre Moratorien mißbrauchen und darum gefährliche Speculationen wagen würden, weil es mit dem Gelde ihrer Gläubiger geschahe. Der fallit gewordene Kaufmann verlohr bey alle dem nicht wesentlich dadurch, daß seine Handlung durch den Concurs unterbrochen gewesen war; denn bey der groſsen Handels-Revolution konnten kaum wichtige Geschäfte unternommen werden. Die Correspondenten des Kaufmanns gingen zudem nicht ab, weil sie wuſsten, daß derselbe bald wieder anfangen werde. Und was das wichtigste war, der Credit war vollkommen wiedergekehrt; denn man wuste ja, daß der von den Gläubigern entschlagene Mann nun Schulden frey wäre, und einen guten Fond habe. Schwerlich wäre bey Moratorien der Credit, so bald wieder nach abbezahlten Schulden, da gewesen; bey manchem würde vielleicht Mißtrauen zurückgeblieben seyn.

Das Verfahren bey den Fallit-Massen in Hamburg, hat selbst unstreitig zur Wiederherstellung der Ordnung der Wechselgeschäfte in der ganzen Handlungs-Welt, beygetragen. In 2 bis 3 Monaten war die Ordnung beschaffet und der hamburgische Kaufmann war wieder in voller Thätigkeit.

S. May Handlungs-Wissenschaft. Altona 1780. 2ten Theil, den Anhang.

Art. 2.

Bey Fallissementen soll, ohne Unterschied, jedesmal eine Commission zu Rathe ausgebeten werden.

1) Geschieht es nun, daß der Debitor seine Insolvenz selbst kund thut, oder daß, in Verbleibung dessen, die Gläubiger zur Bewirkung eines Universal-Arrestes, aus vorangeführten Ursachen, geschritten sind, so liegt jenem sowol als diesen ob, um Niedersetzung einer Commission bey Uns, Bürgermeister und Rath, forderſamst anzusuchen, und wird dieselbe alsofort zugestanden werden.

2) Es sind aber die Gläubiger, nach erhaltenem Universal-Arrest, am nächsten, höchstens dem darauf folgenden Raths-Tage, bey Verlust desselben, der beregten Commission halber, sich zu melden schuldig.

Die Privat-Zusammenberufung der Creditorum hat keine statt, ausgenommen von Curatoribus in gewissen Fällen und Beding.

3) Wohingegen alle Privat-Zusammenrufungen der Creditorum in vorbesagten Fällen, sie geschehen vom Debitore selbst, oder seinen Gläubigern, in Zukunft ganz verboten seyn sollen. Und ob zwar Curatoribus bonorum, wenn entweder periculum in mora ist, oder sonst die

Beschaffenheit der Umstände es erfordern mögte, die Creditores privatim zu convociren nicht gänzlich zu untersagen, so sollen sie doch schuldig seyn, den Herren Commissariis unverzügliche Nachricht davon zu geben, und bey der nächsten Commission von dem, was in der Privat-Zusammenkunft beschlossen ist, ihre Relation ad Protocollum zu geben.

Veränderungen und Zusätze der Deputation.

§. 2. Statt: am nächsten, höchstens — Raths-Tage; stand vorher: am nächstfolgenden Raths-Tage.

§. 3. Die Worte: "Und ob zwar —„ bis zu Ende; sind Zusatz.

Die Inhalts-Anzeige dieses §s ist nach Maaßgabe des Zusatzes geändert.

Erläuterung.

Der Artikel 2. beantwortet die Fragen: vor welchem Richter der Concurs erklärt werden müsse? und: auf welche Art die Erklärung geschehen müsse? — Vor allen Dingen ist hier der Unterschied zu machen, ob der Concurs ein kleiner Concurs ist, oder nicht. Ein kleiner Concurs ist nach der gesetzlichen Bestimmung des Artikels 109, wenn die Schuldmasse die Summe von 4000 Mk. Courant nicht übersteigt. Dieser Concurs wird auf der Diehle des jüngsten Prätors verhandelt. Wie hierüber der Art. 109 mit seinem Additional-Artikel die Vorschrift giebt. Jeder größere Concurs hin-

hingegen, wird vor dem Rathe erklärt und verhandelt. Und wenn in den Artikeln der Falliten-Ordnung, bis an den erwähnten Artikel 109 von einem Verfahren die Rede ist, so ist nur der größere Concurs gemeynt.

Die Insolvenz muß nach Anleitung unseres Artikels zu Rath erklärt, und es muß daselbst um das Concurs-Verfahren gebeten werden. Nun giebt es bey der Concurs-Erklärung, zwey Fälle. Entweder geschieht sie von den Gläubigern oder von dem Schuldner selbst. In dem ersten Falle wird immer vor der Erklärung zu Rath, der Universal-Arrest gelegt; und dabey fragt es sich denn: ist dies ein nothwendiges Stück der Concurs-Erklärung? Nach dem Inhalte des vorliegenden Artikels scheint es dies fast; allein man überzeugt sich bald daß hier nur von dem Gewöhnlichen gesprochen wird. Ohne Zweifel würden die Gläubiger gleich zu Rath um die Concurs-Eröfnung suppliciren können, wenn es für ihre Sache vortheilhaft wäre. Darum aber kann dieses Mittel dem Zwecke nicht angemessen seyn, weil der Rath nicht ohne den Gegner zu hören, und nicht ohne Untersuchung der Wahrheit der vorgebrachten Thatsachen, decretiren würde. Und, da zu einem Concurse, Gefahr beym Verzuge ist; so ist dieser Proceß zu langsahm. Auf der Diehle wird der Schuldner zur Erlaubung des Universal-Arrestes, freylich auch vorgeladen sich zu verantworten; allein dies geschieht in kurzen Terminen.

Wenn man nun den Universal-Arrest als die Einleitung zum Concurs-Verfahren betrachtet, so fragt es sich: was hat dieser Arrest für Kraft? — Die eigent-

lichen Wirkungen des Concurses können durch ihn noch nicht hervorgebracht seyn, weil das Suppliciren zu Rath ein unumgängliches Erforderniß zum Concurse ist; sondern durch den Arrest wird bewirkt, daß das Vermögen unverändert bis auf weitere Verfügung bleiben muß. Er ist demnach eine vorläufige Einrichtung dessen, was durch den Concurs ipso jure festgesetzt wird. Außer dieser, für die Gläubiger sehr vortheilhaften Eigenschaft hat der Arrest noch die, daß er den vollständigsten Beweiß der Nothwendigkeit des Concurses liefert; daher das Verfahren nun ohne weiteren Anstand erkannt werden kann. Denn, ist die Ursache zum Universal-Arreste bewiesen, so ist auch die Ursache zu der Folge, dem Concurse, deutlich gemacht.

Ein Universal-Arrest wird folgendermaßen erlangt. Die Gläubiger müssen sowohl ihre Forderungen, als eine der Ursachen des 1sten Artikels der Falliten-Ordnung, erweißlich machen, und ihr Gesuch dem Richter (einem der Herren Bürgermeister oder Prätoren,) vortragen. Sodann wird eine Citation an den Schuldner erlassen, die in den gewöhnlichen Ausdrücken dahin lautet: daß er auf Anhalten seiner Gläubiger N. N. zur Erlaubung des Universal-Arrestes auf die und die Stunde citirt werde. Erscheint Citat und weiß er keinen Beweiß der Zahlfähigkeit anzuführen, so wird der U. A. unbedenklich erkannt. Erscheint Citat nicht, so wird in ganz kurzen Terminen, häufig von einigen Stunden nur, zum zweytenmale, auch wohl zum drittenmale die Citation bey Erlaubung des Universal-Arrestes, erlassen. Und dann in contumaciam der Universal-

Arrest

Arrest erkannt. In dem Falle, daß die Ursache zum Universal-Arrest die ist, daß der Schuldner nicht pfandbar befunden worden, braucht es der obigen Weitläuftigkeiten nicht einmal; sondern wenn der Gerichts-Bediente zu Protocoll referirt: „daß der Schuldner nicht pfandbar befunden„ wird der Universal-Arrest sogleich erkannt. Wenn hingegen bey den andern Ursachen noch Bedenklichkeiten obwalten, so wird den Impetranten wohl die Cautions-Leistung besonders aufgelegt. Obgleich der Arrest ohnedies immer nur auf Gefahr des Impetranten erlaubt wird.

Nach erkanntem Universal-Arreste wird dem Schuldner Wache in das Haus gelegt, und dem Gerichts-Vogte die Inventirung und Versiegelung der Güter aufgetragen. Weiter aber hat der Prätor keine Geschäfte hierbey, wenn der Bankerott nicht zu den kleinen gehört. Sondern die Gläubiger müssen am nächsten, höchstens an dem darauf folgenden Raths-Tage um Niedersetzung der Commission suppliciren. Unterlassen sie dies, so ist der Universal-Arrest erloschen, der Schuldner wird von der einlegten Wache befreyet, und die Siegel werden wieder abgenommen. Wenn die Schuldmasse klein ist, oder der impetrirende Gläubiger von den andern nicht unterstützt wird, so pflegt dieser wohl, in der Hoffnung der Schuldner solle zur Zahlung Anstalt machen, mit der Prosecution noch zu warten, und nur um Erneuerung des angelegten Arrestes anzusuchen. Allein dies wird nicht gerne gestattet, weil der Universal-Arrest ein gar zu präjudicielles Executiv-Mittel ist.

Die Supplik in der die Gläubiger um den Concurs, zu Rath bitten, muß die Ursache des impetrirten Arrestes und die geschehene Erkennung, (welche durch einen beygelegten Extractum Protocolli bescheiniget wird,) enthalten, und mit der Bitte um die Fallit-Commission endigen. Worauf auch sogleich gewierig erkannt wird.

Ehe ich weiter gehe, habe ich der vorstehenden Ausführung noch die Beantwortung der schon oben beregten Frage hinzuzufügen: wer sind die Gläubiger die den Universal-Arrest fordern können? sind es allein die, deren Forderungen fällig sind, und dafür keine Bezahlung finden, oder auch die späteren Gläubiger? Ich bin der festen Ueberzeugung, daß die späteren Gläubiger den Arrest und den Concurs fordern können; weil ihr Heil hauptsächlich davon abhängt, daß der Concurs frühe eröfnet werde, und nicht alle Gegenstände zu ihrer Bezahlung von den früheren Gläubigern vor weg genommen werden. Wir haben über die vorstehende Frage, im römischen Rechte sehr deutlich entscheidende Gesetze. Die Immissio in bona (v. Tit. ff. ex quib. causis in possessionem eatur) ist ausdrücklich zur Sicherung der bevorstehenden Zahlung der Gläubiger, gestattet. Ueberdies wird in den L. 4. ff. de separat. den Erbschafts-Gläubigern quibus ex die vel sub conditione debetur, die separatio erlaubt, mithin ihnen völlige Befugniß gegeben, Mittel anzuwenden, daß eine Masse für sie erhalten bleibe. Unser hamburgisches Falliten-Recht, hat ebenfalls ein sehr deutliches Gesetz zum Vortheile der Gläubiger späterer Forderungen. Den 1sten

Artikel nehmlich. Die Insolvenz darf erklärt werden, wenn der Schuldner einen Accord unter der Hand anbietet. Hier ist nicht ausgemacht, daß der Schuldner für die jetzt fälligen Schulden allein, nicht mehr zahlfähig sey. Wenn ein Gläubiger den Accord anzunehmen weigert, kann von ihm oder von den andern, sogleich Universal-Arrest angelegt und der Concurs erklärt werden. Wie auch bey Erläuterung dieser Anzeige angegeben ist. — Nicht genug, daß nach römischen Rechte der bevorstehende gewisse Gläubiger die Immissio erlangt; auch derjenige, welcher eine nicht liquide Forderung hat, kann die Immissio erhalten L. 6. pr. ex quib. causis. Nur hat der L. 7. §. 17. eod. diesen Satz dahin beschränkt, daß die Güter noch nicht verkauft werden dürften.

S. Brunnemann Commentar ad ff. ad h. l.

Demnach kann derjenige der einen Proceß wider den Gemeinschuldner, einer Forderung wegen hat, wegen dieser den Concurs verlangen; wenn eine der Ursachen hervor geht, die den Schuldner für unzahlfähig zu halten, berechtigen.

Ohne Zweifel sind diese Verfügungen des römischen Rechtes so offenbahr gerecht, daß man ihrer Anwendung gerne Beyfall geben wird.

Das weitere Verfahren in einem, durch den Universal-Arrest eröfneten Concurse, ist mit dem Verfahren gleich, welches statt findet, wenn der Schuldner sellbst, durch eigene Insolvenz-Erklärung den Concurs hervor gebracht hat. Ehe ich daher über dies fernere Verfahren rede, habe ich von der Concurs-Erklärung

des Schuldners selbst, folgendes zu bemerken. Die erste Betrachtung geht hier darauf hin: wer Concurs erklären könne? Man hat nemlich behaupten wollen, daß niemand als ein hamburgischer Bürger, der neuen Falliten-Ordnung gemäß, Concurs machen dürfe. Und wir haben die Fälle gehabt daß ein Fremder der in Hamburg insolvent war, vorher das Bürgerrecht suchte, dann Concurs erklärte. Mit der angegebenen Behauptung hat es die folgende Bewandniß. Nehmlich, daß ein Fremder um sich vor seinen fremden Gläubigern zu schützen, nicht hierher kommen kann um Concurs zu erklären, weil die hiesige Falliten-Ordnung vielleicht, ihm angenehm wäre. Man würde ihn dann an das Gericht seines Wohnorts verweisen. Dagegen versteht man den Satz, daß ein hiesiger Fallite, hiesiger Bürger seyn müsse, sehr falsch, wenn man meynt, daß die Falliten-Ordnung niemanden anders als nur dem Bürger zu gute kommen. In der Falliten-Ordnung ist nicht allein von Bürgern sondern auch von Einwohnern die Rede. Freylich läßt sich unter dem Namen Einwohner, die Leute verstehen, die hier ihren Wohnsitz haben, nicht andere Angekommene. Allein, wenn diese letzteren doch einmal Schulden in Hamburg contrahiret haben, und unzahlfähig sind; so bleibt für die Gläubiger doch kein anderes Mittel als Concurs zu eröfnen übrig. Sonst würde es ja für die Gläubiger am nachtheiligsten seyn, wenn sie nicht durch das Mittel des Concurses sich ihre Bezahlung verschaffen dürften, sondern nur einzeln den Schuldner verfolgen könnten; weil sich da der am besten stände, der am ersten zuzugreiffen wüßte. Wir haben

die

die Fälle gehabt, daß einem Fremden, der vor Erklärung des Fallissements das Bürger-Recht suchte, dasselbe abgeschlagen ist; nichts um so weniger ist seine Masse ganz concursmäßig, wie gewöhnlich, behandelt worden. Will man endlich behaupten daß dem Fremden wenigstens die Wohlthaten der Falliten-Ordnung nicht zukämen; so wage ich zwar nicht diesem zu widersprechen. Aber so viel ist doch gewiß, daß so weit die beneficia in dem gemeinen Rechte gegründet sind, dieselben ihm nicht abgesprochen werden können; demnach darf so wenig die Competenz ihm nicht gestattet werden, als, so lange die Gläubiger ihm nicht erlauben eigene Nahrung wieder anzufangen, nothwendige Alimente verweigert werden können.

Der Schuldner erklärt seine Insolvenz zu Rath, in einer Supplik. Der Inhalt derselben muß 1) eine Erzählung der Veranlassung der Unzahlfähigkeit, seyn; der Schuldner wird zugleich 2) nicht versäumen, sich unschuldig an seinem Verluste darzustellen zu suchen, und 3) die Bitte muß: auf die Ansetzung einer Commission zur Berichtigung des Creditwesens gerichtet seyn. Die Commissions-Herren die der Schuldner wünscht, darf er, jedoch unmaßgeblich, selbst benennen; und auf diese Herren wird, wenn nicht besondere Ursachen entgegen stehen, auch gewöhnlich die Commission erkannt. Beygelegt wird der Supplik, ein so viel möglich vollständiges Verzeichniß der Gläubiger; und zwar gedoppelt. Die Aufschrift einer solchen Supplik, ist folgender Art:

An einen H. und H. Rath dieser Kaiserlichen freyen Reichs-Stadt, gemüßigte Insolvenz-Erklärung und gehorsamste Bitte um Erkennung einer Commission, abseiten N. N. Supplicanten.

Auf diese Supplik, die auf gehörige Art zu Rathe übergeben wird, erfolgt beständig an demselben Tage da sie zu Rath kömmt, das Concurs-Decret. Welches folgendermaßen lautet:

"Auf eingekommene und verlesene Supplication
"N. N. decretirt E. E. Rath: daß zur Berich-
"tigung des Supplicanten Creditwesens, Com-
"mission auf . . . . . zu verfügen.

Dem Concluso Senatus d. 25. Aug. 1763. zufolge S. Mandaten-Samml. Th. 5. S. 2395 und bey Art. 4. wird hinzugefügt:

"es ist aber Supplicant der neuen Falliten-Ord-
"nung zufolge, die Commission unverzüglich zu
"befördern, auch alle Creditores nach seinem
"besten Wissen, und auf seinen zu leistenden Ma-
"nifestations-Eyd zum Behufe der Convocation,
"anzugeben schuldig. Decretum in Senatu
"Hamburgensi, d. . . . .

Das Decret auf eine Insolvenz-Supplik wird so schnell, — an demselben Raths-Tage da supplicirt ist — abgegeben; weil es ein gefährlicher Verzug für die Masse seyn würde, nicht sogleich nach der Erklärung das Concurs-Verfahren eintreten zu lassen. Zudem hat diese geschwinde Abgebung noch die wohlthätige Folge, daß Streitigkeiten vorgebeugt wird, die über die streitige

tige Frage; welches der eigentliche Zeitpunkt sey, da der Concurs als eröfnet anzunehmen wäre? entstehen könnten.

Es ist eine Sache von Wichtigkeit über den Zeitpunkt der Eröfnung des Concurses gewiß zu seyn; weil die Wirkungen des Concurses mit der Thatsache der Eröfnung desselben, eintreten. Die Wirkungen nemlich, daß die Gläubiger sich nun nicht mehr einzeln bezahlt machen können; weder durch den Schuldner selbst, noch durch Cessionen, noch durch richterliche Execution eines gewonnenen Urtheils. Weil, wie oben bey dem Art. 1. ausgeführt worden, eine Thatsache die Eröfnung des Concurses ausmacht, von der das Aufhören so wichtiger Befugnisse abhängt, daß, was in der Absicht Bezahlung zu erhalten ferner geschehen seyn möchte, nichtig ist, und das Genommene an die Masse zurückgegeben werden muß; so kömmt es hier allerdings auf einen genauen Zeitpunkt, momentum temporis, an. Ich werde mir angelegen seyn lassen die vorliegende Frage mit Genauigkeit zu erörtern.

Wenn nach dem Zeitpunkte der Eröfnung des Concurses gefragt wird, so muß man zuerst unterscheiden ob die Gläubiger den Concurs bewirkt haben, oder der Schuldner selbst. Ist ersteres geschehen, und zu diesem Behufe der Universal-Arrest angelegt, so hat die Sache wenig bedenkliches. Der Arrest hat eben die Wirkung wie die Concurs-Eröfnung, und der Augenblick da dieser angelegt wird, ist die Zeit, nach der alle vorkommenden Fälle beurtheilet werden müssen. Ist die Zeit bestimmt erwiesen; so ist die Entscheidung der Fälle

da.

da. Hingegen, wenn der Schuldner selbst die Insolvenz erklärt, so entsteht die bedenkliche Frage: ist der Concurs in dem Augenblicke eröfnet, da der Schuldner die Insolvenz-Supplik unterschreibt, — oder in dem Augenblicke da dieselbe übergeben wird, — oder, da das Decret darauf erfolgt? — Der erste Abschnitt dieser Frage: ob durch die Unterschrift des Schuldners, seiner Supplik, der Concurs eröfnet werde? wird sehr allgemein, verneint. Und wenn auch in Proceßschriften die bejahende Behauptung sich aufgeführt findet, so wird sie sicher nur in einer Rücksicht geltend gemacht werden können. In der nehmlich, welche die thätige Verfügung des Schuldners selbst über sein Vermögen, betrift. Er thut nicht recht, nun noch einzelnen Gläubigern zu bezahlen. Allein der Empfänger nimmt das Geld unstreitig noch immer nicht mit Unrecht entgegen, so wenig wie jene Unterschrift eine Execution abhalten kann. Denn das Unterschreiben der Insolvenz-Erklärung ist ja ein ganz eigenmächtiges Geschäft, welches so wenig dem Schuldner das Recht seine Unterschrift wieder zu tilgen, verwehrt; als es den Gläubigern eine Befugniß giebt, darauf zu dringen, daß nun der Schuldner die Erklärung auch öffentlich mache.

Zur Entwickelung der zweyten Frage: ob die Uebergabe der Supplik die Wirkungen des eröfneten Concurses hervor bringe? muß ich die Arten der Uebergabe vorher angeben. Nicht alle Tage ist Raths-Versammlung; es können demnach die Suppliken nicht jeden Tag an den Senat selbst gebracht werden. Ein Schuldner nun der sich in der Zwischenzeit von seinen Gläubigern

gedrängt

gedrängt siehet, oder dem Executionen drohen, versucht häufig diese Beschwerlichkeiten dadurch abzuhalten, daß er seine fertige Insolvenz-Erklärung auf der Canzeley exhibirt oder bey dem präsidirenden Bürgermeister niederlegt. Als Beweiß daß er sie am nächsten Raths-Tage an den Senat übergeben wolle. Der Rechtsgründe und Thatsachen sind viele und sehr wichtige vorhanden, die diesen Arten der Uebergabe der Supplik, die befragte Wirkung zusprechen; und ich glaube daß ein ansehnlicher Theil der hamburgischen Rechtsgelehrten für die Bejahung der aufgeworfenen Frage stimmt. Indeßen sind auch für die Verneinung derselben, Rechts-Gründe und Thatsachen da, und ein nicht minder ansehnlicher Theil unserer Rechtsgelehrten wird der verneinenden Meynung seyn. Ich bekenne mich zu der verneinenden Meinung.

Bey der ersten Ansicht der Sache fällt es vielleicht auf, daß die Thatsachen bey dem so häufig vorkommenden Falle, daß der Schuldner auf die angegebene Art mit seiner Insolvenz-Erklärung hervorkömmt, noch nicht gewiß gemacht haben, was rechtens wäre. Allein weil die Thatsachen darin bestehen, daß nach geschehener Exhibition der Supplik, einer der exequirenden Richter, Anstand genommen hat die Execution vor sich gehen zu lassen; ein anderer ohne Rücksicht sie vollstrecket hat; so läßt sich hieraus kein allgemeiner Grundsatz hernehmen. So lange ein bestimmtes Gesetz fehlt, oder so lange über einen Fall kein Urtheil in letzter Instanz da ist, das eine abgeschlagene Execution für ein unrechtmäßiges Verfahren erklärt; so darf auch kein Gläubiger

biger über Unrecht sich beschweren, wenn der Richter ihm bey den Rede stehenden Umständen die Execution abschlägt. Einen entschiedenen Fall darüber, ob eine, nach Uebergabe der Insolvenz-Supplik geschehene Zahlung, oder eine nach derselben geschehene Cession, rechtmäßig wäre, habe ich nicht auffinden können.

Auf die von einigen Prätoren unterlassenen Executionen beruffen sich nun die Vertheidiger der Meinung: daß durch die übergebene Supplik der Concurs eröfnet sey, und unterstützen ihre Behauptung mit folgenden Gründen. — Das Wohl der Masse erfordere ein Mittel, die Wirkung des Concurses schnell eintreten zu machen. Es müßten nehmlich die Cessionen und Deckungen der Schuldner und Gläubiger des Gemeinschuldners, verhindert werden können. Weil es nun nicht möglich wäre zu jeder Zeit die Insolvenz-Erklärung zur Wissenschaft des Senats zu bringen; so müsse jener Zwek der Erklärung, auf eine andere Art erreicht werden können. — Hierauf antworte ich: daß die Nützlichkeit einer Sache, noch nicht auf das Daseyn derselben den Schluß macht; und daß, wenn in einer Rücksicht die Sache ihren ersichtlichen guten Nutzen hat, damit gegentheilige rechtliche Gründe nicht grade zu verworffen sind. Was ist überall die Uebergabe einer Supplik, für ein Geschäft? ist es nicht durchaus eine Privat-Handlung. Darf man aber einer solchen eine Wirkung beylegen, die die Rechte des dritten empfindlich betreffen? Man könnte diesem entgegen setzen: daß nicht die Uebergabe der Erklärung sondern die Annahme derselben, die Sache ausmache. Allein zur Annahme gehört

hört doch eine Auctorität; und hat die, frage ich, die Canzeley, wenn auf derselben nun die Insolvenz-Supplik exhibirt wird? Meines Bedünkens, kann die Canzley weiter nichts, als attestiren, daß etwas zu einer bestimmten Zeit geschehen sey, wie bey eingelegten Rechtsmitteln wider ein Urtheil binnen den zehn Gefahrtagen. Keinesweges aber kann sie zu der Handlung einer Privatperson, eine Handlung von ihrer Seite hinzufügen, die der Sache eine Rechtlichkeit giebt. Demnach hat die Exhibirung der Insolvenz-Erklärung auf der Canzeley keine Wirkung, wenn dieselbe nicht in der Uebergabe allein liegen soll.

Aber weiter: hat denn der präsidirende Bürgermeister die vorgedachte Auctorität? Die, diese Frage bejahenden Rechtsgelehrten müssen den Beweiß führen, daß dem Bürgermeister die Macht den Concurs zu constituiren, übertragen worden. Denn ich wage es freylich nicht hierüber gradezu abzusprechen; allein mich dünkt, von selbst versteht sich die Sache nicht. Vielmehr scheinen einige Gesetze der Falliten-Ordnung die Auctorität den Concurs zu constituiren, allein dem Senate vorbehalten zu haben. Art. 2. und 10. sprechen nur von den bey Bürgermeister und Rath zu übergebenden Suppliken. — Im Jahre 1789 haben wir einen Fall gehabt, woraus deutlich zu ersehen ist, daß wenigstens der damalige Bürgermeister es nicht für Sache seines Amtes hielt den Concurs zu eröfnen. L.. & Comp. hatten gegen H. C. B.. ein gewonnenes Urtheil auf der Diehle des Bürgermeisters Anderson erhalten. Dem Verurtheilten ward Wahrschauung und Queernacht angesagt. Am 13ten März sollte die Execution statt

haben;

haben; den Abend vorher überreichte dem Bürgermeister A. der Verurtheilte B. seine unterschriebene Insolvenz-Supplik. Allein sie ward ihm ohne Bemerkung zurükgegeben, und am 13ten März wurde die Execution vollstreckt; den Tag selbst da die Supplik zu Rath übergeben wurde. Die nachmaligen Curatores bonorum von B. haben nachher hierüber Klage erhoben und die Rückgabe der gepfändeten Sachen verlangt, aber vergeblich, sie sind mit ihrer Klage abgewiesen worden.

Da die Gründe für meine Behauptung: daß die feyerliche Willens-Erklärung zum Concurse in Uebergebung der Supplik, noch nicht den Concurs eröfne, — aus der obigen Widerlegung der gegnerischen Behauptung zwar hervorgegangen, aber noch nicht als für sich bestehende Gründe dargestellt sind; so werde ich durch genaue Betrachtung derselben, jetzt den Beweiß für meinen Satz vollenden.

Es sind, wie ich wiederholen muß, folgende beyde: 1) Die Uebergabe einer Insolvenz-Supplik ist an und für sich eine Privat-Handlung. 2) Der einseitige Wille des Schuldners, kann den Gläubigern das Recht sich bezahlt zu machen, nicht rauben. — Wenn der Schuldner seine unterschriebene Insolvenz-Supplik dem präsidirenden Bürgermeister vorlegt oder auf der Canzeley exhibirt, so erklärt er damit weiter nichts, als, dieselbe zu Rath übergeben zu wollen. Wie wenn er dies nun unterläßt? Wenn er nun die Supplik wieder zurücke nimmt? Wo ist die Befugniß für die Gläubiger ihn zum Einkommen zu Rath, zu zwingen; und wo sind die

Rechte

Rechte geschrieben, daß die Rückgabe der von dem Bürgermeister oder von der Canzeley angenommenen Supplik, verweigert werden könnte? Es ist der Fall ja leicht denkbar, daß die Umstände des Schuldners sich geschwinde ändern, und nun ein Concurs nicht mehr nöthig ist. Kann doch zufolge des römischen Rechtes der Schuldner sogar eine geschehene cessio bonorum widerruffen, wenn er an die Gläubiger zum vollen zu bezahlen bereit ist, L. 5. ff. de cess. bon.; wie vielmehr wird dies nicht der Schuldner dürfen, wenn die cessio noch nicht geschehen, sondern nur sein Wille dazu erklärt ist. — Sollte die Uebergabe der Supplik keine Privat-Handlung seyn, sondern an und für sich den Concurs eröfnen, so müßte das Concurs-Verfahren unmittelbahr folgen. Aber, wird der Zustand der Dinge bey dem Schuldner auch nur im mindesten verändert, wenn er seine Insolvenz-Erklärung exhibirt hat? Nein, weder der Bürgermeister noch die Canzeley kann hier die nöthigen Maaßregeln nehmen; nur der Senat ernennt die Commissarien zum Verfahren in der Concurs-Sache. Darum kann ich der feyerlicheren Erklärung des Schuldners keine mehrere Wirkung beymessen, als dem einfachen Bekenntnisse desselben gegen Privat-Personen, daß seine Umstände verfallen wären, zukömmt. Und so wenig hierdurch die Gläubiger abgehalten werden können, Executionen auf den Schuldner ergehen zu lassen, noch sich anderweitig bezahlt zu machen; so wenig können ihnen durch die Insolvenz-Supplik diese wohl erworbenen Rechte genommen werden. Sonst würde ja jeder Schuldner gewissermaßen im Stande seyn sich selbst ein

Moratorium zu geben; er würde den Gläubigern willkührlich ihre Verfolgungsrechte nehmen, und wieder geben können, indem er sein Vorhaben Insolvenz zu Rath zu erklären exhibirte und nachher wieder zurück nähme. Das Vorhaben einer Sache bringt durchaus keine rechtlichen Wirkungen hervor.

Die dritte Frage: wird der Concurs durch die Uebergabe der Supplik an den Senat, eröfnet? hat den Grund der Bejahung für sich, daß die Auctorität zur Annahme da ist. Und ich muß zugeben, daß hier, da die Annahme der Supplik sogleich auf die Uebergabe erfolgt, mehr ist als bey den vorigen Arten der Exhibition. Indem der Schuldner nun seine Erklärung nicht wohl wieder zurücknehmen kann. Ich glaube indeßen, daß bey den Fällen, wo, ehe ein Decret erfolgte, Zeit genug zur Zurücknahme wäre; sich noch manches dawider anführen ließe, daß die Zurückgabe der Supplik gradezu dem Schuldner verweigert werden könne, und derselbe sich durchaus erst eine Untersuchung seines Zustandes gefallen lassen müsse. Denn, die Fälle daß nicht sogleich ein Decret auf die Insolvenz-Supplik erfolgt, sind immer denkbar, wenn sie auch als selten gedacht werden können; wie mancher Umstand kann nicht dazu Veranlassung geben. Ich weiß einen Fall, wo es sehr zweifelhaft war, ob an dem Tage da die Insolvenz-Erklärung übergeben wurde, das Decret darauf erfolgen würde. Der Senat versammelte sich an einem außerordentlichen Tage, zur Wahl eines neuen Raths-Mitgliedes. Es ward eine Insolvenz-Supplik auf das Rathhaus gebracht. Der Herren-Schenk weigerte sich, sie in den Senat zu bringen,

weil

weil derselbe an Wahltagen sich nicht mit Annehmung der Suppliken beschäftigte. Nun legte der Ueberbringer (ein Notar) die Supplik auf den Bürgermeister-Tisch (die Wahlen wurden ehedem auf dem großen Rathhause, im Gehege, gehalten), und attestirte diese Uebergabe. Der Senat war willfährig genug, in der außerordentlichen Sitzung zu decretiren. Allein, wenn dies nun nicht geschehen wäre; würde der Supplicant die Erklärung haben zurück nehmen können? Uebergeben war die Supplik wirklich, und angenommen würde sie gewesen seyn, wenn sie nicht unbemerkt liegen geblieben wäre. — Die Frage ist zu verwikkelt als daß ich darüber absprechen möchte; ich werde daher bey dem gewöhnlichen bleiben dürfen, daß keine Zeit zur Zurücknahme der Supplik da ist, weil sogleich decretirt wird, und hierbey der Frage nachgehen: constituirt die Annahme der Supplik vom Senate, den Concurs, oder erst das darauf abgegebene Decret? Wenn man das erstere aus dem Grunde behauptet: daß der Schuldner indem er bonis cedirt, des Eigenthums seiner Güter sich begäbe; daß er dies symbolisch, durch die Uebergebung der Supplik an die Auctorität die die Erklährung annehmen kann, thue; und daher von diesem Augenblicke an, die cedirten Güter keine Veränderung zuließen; — wenn dies behauptet wird, so ist die Widerlegung sehr leicht. Der Grund nehmlich ist falsch, daß wie die Meynung einiger Rechtsgelehrten ist, der Fallite das Eigenthum seiner Güter verliehre. Ich will hier zum Beweise einen einzigen Grund anführen, weil die Sache genauer bey dem Art. 10. vorkommen muß. Nach der Subtilität des römischen Rechts

müßte, sobald der Schuldner das Eigenthum aufgegeben hätte, dasselbe an die Gläubiger übergegangen seyn; denn ein Zwischen-Zustand kann nicht gedacht werden, sonst wären ja die Güter res nullius (niemandes Eigenthum). Daß aber die Gläubiger das Eigenthumsrecht nicht bekommen, sagt L. 46. qui. bon. ced. poss. deutlich, mit den Worten: creditoribus bona, jure dominii detinere non est permissum. — Ich glaube nicht, daß man mir hier die Einwendung machen kann, daß sich aus dem römischen Rechte auf das Hamburgische nicht absprechen ließe. Denn, das römische Recht lehrt einmal hier, eine richtige juristische Philosophie. Zweytens aber, läßt sich in dem gegenwärtigen Falle um so richtiger mit römischen Rechte antworten, da das gegnerische Argument aus demselben hergenommen ist, nehmlich die subtile Wirkung welche die Absagung des Eigenthums haben solle. — Was die Beantwortung der zu entscheidenden Frage, bedenklich macht, ist dies: daß das Concurs-Verfahren eine nothwendige Folge auf die Insolvenz-Supplik ist, und nicht abgeschlagen werden kann. Wie lautet das erfolgende Decret? führt man an; — nicht etwa: daß der Concurs zu gestatten, — sondern: daß zur Berichtigung des Supplicanten Creditwesens, Commission auf .... zu verfügen. Also müsse das Concurs-Recht an der Minute gebunden seyn, da der Senat nicht umhin könne die Maaßregeln zur Berichtigung des Creditwesens zu treffen, da in pleno consessu die Erklärung übergeben worden. — Freylich kann man nicht sagen, daß auf diese Weise ohne richterliche Auctorität der Concurs eröfnet wäre; denn

da

da die Annahme der bonorum cessio nicht erst dann vollständig ist, wenn der Richter darüber ausgesprochen hat, so fragt man hier mit Recht: was bedarf es denn mehr, um der Wirkung Raum zu geben die für die Gläubiger insgesammt, so wichtig ist, daß nun nicht einzelne die Masse kleiner machen können? Ich habe weder dem Hauptsatze: daß auf die Insolvenz-Supplik das Concurs-Verfahren nicht abgeschlagen werden könne; noch der Folgerung daraus: daß also die Erkärung die Grundlage des Verfahrens wäre, etwas entgegen zu setzen. Allein ich behaupte den Satz: daß das Decret erst dem Cours constituire, aus dem Grunde: weil erst das Decret die Erklärung des Senats enthält, daß die cessio bonorum rechtsbeständig geschehen sey.

Ich halte den vorstehenden Grund für den einzigen, der wider die gegenseitige Behauptung aushält und lege kein Gewicht auf den, der auch wohl für die gegenwärtige Meynung angeführt wird, nehmlich: daß der Augenblick der Uebergabe der Insolvenz-Supplik den Gläubigern nicht bekannt werde, also in ihren Gerechtsamen nichts ändern könne. Denn, ist einmal die Sache vorhanden, welche die Güter in einen Zustand versetzt der keine Veränderung mit denselben zuläßt; so ist auch alles was nun noch geschieht durch sich selbst, (ipso jure) nichtig. So wenig wie jemand, der mit einem Manne über Güter contrahirt, worüber dieser überall kein Recht hat, Rechte auf diese fremden Güter erlangen kann, wenn er auch in dem besten Glauben sich befand, als gehörten die Güter dem simulirenden Verkäufer wirklich; so wenig kann ein Gläubiger sich gültig bezahlt

machen, wenn einmal die Güter in den Concurs-Zustand gekommen sind. Ihnen ist eine Eigenschaft beygelegt, die die einzelnen Befriedigungen der Gläubiger nicht mehr zuläßt.

Man behauptet wider den oben aufgestellten Satz: daß die Erklärung über die Rechtsbeständigkeit der Insolvenz-Erklärung auch den Anfang der Wirkungen des Concurses dahin zurückziehen könne, da die Thatsache der rechtsbeständigen cessio bonorum geschehen wäre. Freylich läßt sich im allgemeinen nicht behaupten, daß nur erst durch Anerkennung der Rechtlichkeit einer Sache, derselben die Eigenschaften alle die ihr gehören, beygelegt werden. Indem die Anerkennung auch als ein ganz besonderes Geschäft betrachtet werden kann. Dies aber darf ich bey dem Decrete auf die Insolvenz-Supplik nicht zugeben; denn, da das Decret nothwendig zum Concurse gehört, da ohne dasselbe die Erklärung nichts hilft, da es nicht verweigert werden kann; so gehört es meines Bedünkens auch nothwendig zur Vollständigkeit des Geschäftes.

Ich habe hier noch, eine oben aufgeführte Behauptung zu rechtfertigen; dort ist nehmlich gesagt worden: daß die wirkliche Concurs-Erklärung ein unmittelbares Verfahren zur Folge haben müßte. Hat, fragt sich, diese, die Erklärung ad Senatum, durch das Decret? — Die Commissarien werden ernannt, aber erst den dritten Tag werden die Curatores gewählt, und so lange ist dem Schuldner freye Hand über sein Vermögen gelassen. Ich glaube zur Rechtfertigung meines Satzes nur darauf aufmerksam machen zu dürfen, daß der Schuldner

doch

doch nun unter Aufsicht steht; und die Commissarien Verfügungen treffen können, sobald der Schuldner unredlich mit den Gütern umginge. Auch wird durch den Art. 10. der Gläubiger, der hierüber gegründete Vermuthungen hat, befugt, Wache in des Schuldners Haus von den Prätoren zu verlangen. Zudem wird ja gleich die Commission zur Erwählung der Curatoren angesetzt, und dazu angesagt.

Bis hieher ist die streitige Frage über die Concurs-Eröfnung nach allgemeinen Gründen des Rechts, untersucht worden. Die hamburgische Falliten-Ordnung spricht ebenfalls darüber, aber so unbestimmt, daß nach Untersuchung aller Verordnungen es äuserst zweifelhaft ist, welcher Zeitpunkt als der richtige anzunehmen sey.

In dem Art. 10. heißt es:

"sofort nach ausgebetener und erkannter
"Commission sollen alle Executionen auf des Fal-
"liten Güter, auch alle Universal- und Particulair-
"Arreste, aufhören."

Sollen nun die Worte, nach ausgebetener und erkannter Commission disjunctive (unverbunden) oder conjunctive (verbunden), verstanden werden? soll es heißen: die Executionen sollen schon aufhören wenn die Commission ausgebeten ist, oder erst wenn das Erkenntniß auf die Ausbittung abgegeben worden. Richtiger scheint es, die Verbindung der Worte conjunctive zu nehmen, denn sonst wäre das letztere Wort: erkannter, überflüßig. Aber, sagen die Gegner, wenn die befragte Wirkung erst nach erkannter Commission eintreten sollte, warum steht hier denn überall das Wort: ausgebe-

tener. Dann wäre dies ja überflüßig. Die Wahrheit dieser Behauptung läßt sich nicht läugnen. Denn ex officio wird keine Commission erkannt; und wäre dies, so würde aus dem Art. 10. beynahe folgen, daß auf eine solche, ex officio erkannte Commission, die Rede stehenden Wirkungen nicht statt hätten, indem sie auch ausgebeten seyn müßte. Indeßen ich bleibe bey der vorigen Meynung, weil das erstere Wort in Verbindung mit dem andern doch Sinn hat, letzteres aber ganz unnütz da stände, wenn die Worte disjunctive verstanden werden sollten; man möchte denn wie gesagt, den Fall annehmen, da die Fallit-Commission ex officio erkannt würde, welches aber nicht leicht denkbar ist. — Will man die vorgelegte zweifelhafte Verordnung durch das was im Gesetze folgt erklären, so findet sich hier abermals ein zweifelhafter Verstand. In dem Gesetze heißt es weiter:

"zu wessen Behuf das Decret der erkannten
"Commission alsobald nach der Raths-Versamm-
"lung auf der Canzeley viermal soll ausgefertiget,
"und durch die Canzeley-Bothen nach der Herren
"Bürgermeister und Gerichts-Verwalter Diehlen
"gebracht und des Endes daselbst verzeichnet wer-
"den, damit daselbst weiter keine Executiones an-
"gesetzt, in den etwa verhängten aber nicht weiter
"verfahren werde."

Wenn die Worte: zum Behufe, eine Nothwendigkeit ausdrückten, demnach hier: daß ohne die zugefertigten Decrete, die Executionen durchaus ihren Fortgang haben würden; dann freylich wäre vollkommen erwiesen,

wiesen, daß durch das Decret der Concurs erst constituirt wäre. Allein, zum Behufe, sagt weiter nichts, als: um den vorgesetzten Zweck am sichersten zu erlangen. Weil daher dieser Begrif die andern Mittel nicht ausschließt, so läßt sich nicht läugnen, daß auch auf andere Art die Executionen gehemmt werden könnten. Es bleibt immer noch die Frage: kann nicht schon durch ein Attest der Canzeley: „daß die Supplik pro declaranda insolventia zu Rath übergeben wäre,„ den Executionen Einhalt geschehen? Ich muß zugeben, diese Stelle des Art. 10. nicht entscheidend für meinen Satz zu halten.

In dem zweyten Abschnitte des oben gedachten Artikels findet sich folgenden Stelle:

"sollte jedoch zu befürchten seyn, daß der Debitor
"in der Zwischen-Zeit, da die Commission erkannt
"ist, und Curatores erwählet worden, etwas
"von seinen Gütern von abhänden brächte, oder
"andere damit decken wollte, welches letztere
"jedoch für sich null und nichtig seyn würde, so
"mag u. s. w.

Hier, sagen die Behauptenden von dem Satze: daß das Decret den Concurs constituire, — ist sehr deutlich für unsere Meynung gesprochen: es heißt, wenn die Commission erkannt ist. Ich stimme gerne dieser Meynung bey, und verstehe diese Stelle so, daß, was vor erkannter Commission geschehen, nicht für sich null und nichtig wäre. Allein die Gegner dieser Meynung behaupten nicht allein, daß der Schluß unrichtig wäre, weil es heiße: die Geschäfte des Schuldners, noch er-

kannter Commission wären nichtig, also wären sie vorher beständig; sondern sie gebrauchen auch eben diese Stelle für sich, und sagen: "in der Zwischenzeit," nehmlich von dem Augenblicke der Uebergabe der Insolvenz-Supplik, bis zur Abgebung des Decrets und bis zur Erwählung der Curatoren; nicht: von der erkannten Commission bis daß die Curatores erwählt worden. Denn zwischen beyden Sätzen stehe ja das vollständige Binde-Wort und, nicht das unvollständige Binde-Wort bis. — Diese, in Ansehung der Wort-Verbindung zwar richtige Bemerkung, ist indeßen darum dem Sinne des Gesetzes nicht angemessen weil dann ja, der Zeitpunkt von wo an, ganz ausgelassen wäre. Diesen aber dadurch festzusetzen, daß man die Zeit der Uebergabe der Supplik, zu demselben annimmt, ist sehr willkührlich gehandelt. Wenn aber die Rede stehende Stelle nicht für die Gegner beweißt, so beweißt sie auch nicht gegen sie; denn ersichtlich ist die Zeit der erkannten Commission nicht abgesondert, als das tempus a quo, zur Richtigkeit der Deckungen angegeben.

Ist durch den Art. 10. über die vorliegende Frage wenig ausgemacht, so erregt der Art. 54., obgleich er bestimmt über die Sache zu sprechen scheint, noch mehrere Zweifel. Es heißt daselbst:

"dem Debitor ist zwar post declaratam insol-
"ventiam alle Administration und Disposition
"über seine Güter gänzlich verboten, und was er
"ohne Consens der Curatorum thut oder handelt,
"ist ipso jure null und nichtig; doch mag er einen
"Accord — wohl sollicitiren ꝛc.

Was

Was heißt nun: post declaratam insolventiam? Freylich der erste Gedanke bey diesen Worten ist, wenn der Schuldner zu Rath seine Insolvenz anzeigt. Allein es kann auch nicht behauptet werden, daß die Erklärung ohne Grund wäre: unter insolventia declarata sey zu verstehen: wenn das Decret abgegeben wäre. Man pflegt hier von der andern Seite sich auf den Art. 24. zu beruffen, und das darin benannte: kundbar achten des Fallissements, wann der Schuldner sich per supplicam als insolvent erkläret, „— für die Erklärung der im Art. 54. benannten insolventia declarata, aufzuführen. Allein zu geschweigen, daß es auch im Art. 24. nicht deutlich ist, ob damit die Uebergabe der Supplik gemeynt sey, so ist daselbst von einer besondern Wirkung der Insolvenz die Rede; nicht als wenn durch das kundbar erachten auch schon die ferneren Geschäfte ipso jure nichtig wären, also das eigentliche Concurs-Recht statt hätte. Denn ohne Zweifel kann der Schuldner noch rechtsbeständig contrahiren, ver seinen Gläubigern einen Accord unter der Hand anbietet. Welches aber ebenfalls in diesem Artikel als ein Zeitpunkt angegeben wird, bey dem die Insolvenz für kundbar zu achten ist.

Nach diesem allen bescheide ich mich, aus unseren Gesetzen keine Gewißheit für meine Behauptung: daß erst das Decreet den Concurs constituire, aufführen zu können; sondern ich beruffe mich auf die vorhin vorgetragenen allgemeinen Gründe. Sollte es mir der Aufmerksamkeit, die ich auf diese Materie gewendet habe, ungeachtet, nicht gelungen seyn, meine Leser zu überzeugen; so erinnere ich sie daran, daß es schwer ist hier

abzu-

abzusprechen, weil die Sache in der Praxis noch zweifelhaft ist; mir ist es wenigstens aller angewandten Mühe ungeachtet, nicht gelungen, ein Präjudicat darüber aufzufinden. Im Jahr 1791 hatten wir Hoffnung eine Entscheidung in der Sache zu erhalten, ein Umstand nur verhinderte sie. Außergerichtlich vor dem Senate war folgender Proceß zwischen Curatores bonorum M... und dem Hause H. & Comp. anhängig. H... waren an M... schuldig. Wie die Insolvenz des M... ruchtbar war, ließen sich H... von einem Handschrifts-Gläubiger des M..., die Forderung cediren, und wollten damit ihre Schuld an die nachherige Masse bezahlen. Die Cession war an dem Morgen der Insolvenz-Erklärung geschehen. Es beruhete demnach die Rechtsbeständigkeit der Cession darauf, ob sie vor oder nach der Concurs-Eröfnung geschehen war; und darum kam es auf die Vorfrage an: wann ist der Zeitpunkt der Eröfnung? Curatores bonorum von M... verlangten den Eyd: daß die Cession früher geschehen wäre, als der Fallite M. Einem Hochweisen Rathe die Insolvenz-Erklärung übergeben habe. H... weigerten sich der Form dieses Eydes, weil sie die darin genannte Thatsache, (die Uebergabe,) nicht angehe. Sie erboten sich aber kürze halber zu dem Eyde: daß die Cession vor 10 Uhr des Tages da die Insolvenz erklärt war, geschehen wäre. Der Senat hatte sich an diesem Tage erst um 10 Uhr versammelt; daher ward durch diesen Eyd die im Streite begriffne Sache aufgelößt, unsere Frage aber blieb daher unentschieden.

Wenn

Wenn man darüber einig ist, daß das Decret erst den Concurs eröfne, so bleibt noch eine fernere Frage übrig: welcher Augenblick ist hier anzunehmen? der, da das Decret zu Stande kömmt oder da es publicirt wird? Die Decrete haben ordentlicherweise, erst ihre Wirksamkeit wenn die Raths-Versammlung aufgehoben ist, gewöhnlich zwischen 1 und 2 Uhr; dann werden die Decrete publicirt; früher sind die Verhandlungen in der Rathsstube ein Geheimniß für das Publicum. Nun kömmt es freylich nicht auf die Wissenschaft der Theilnehmer an einer Concurs-Masse von dem Concurse an, um das Concurs-Recht eintreten zu lassen. Allein, so lange eine Sache, die Publicität erhalten soll, noch als Geheimniß bewahrt wird, so lange mangelt es ihr noch an der Vollständigkeit. Man wendet zwar hiergegen ein: daß das Insolvenz-Decret gleich nach der Abgebung, auf die Canzeley geschickt werde, um nach Vorschrift des Art. 10, nach den Diehlen der Herren Bürgermeister und Prätoren gebracht zu werden; nicht erst wie es eben in diesem Artikel heißt: nach der Raths-Versammlung. Aber dies ändert in der Hauptsache nichts. Freylich, sobald ein Decret aus der Rathsstube kömmt, erlangt es Publicität; und man hat recht zu behaupten, daß demnach dieser Augenblick derjenige wäre, wo die Wirkungen des Concurses anfingen. Also ist wohl hiermit bewiesen, daß ein Decret vor Aufhebung der Raths-Versammlung Publictät, und demnach Wirksamkeit erhalten könne; nicht aber, daß die Kundwerdung nicht ein wesentliches Stück des Decretes ausmache. Daher möchte frühere Publicität eines solchen

chen Decrets, wohl in jedem einzelnen Falle bewiesen werden müssen.

Die Ordnung, in der das Verfahren bey dem Concurse in unserer Falliten-Ordnung vorgetragen wird, ist diese, daß zuerst von den bey dem Concurse erforderlichen Personen und deren Pflichten, im allgemeinen gehandelt wird. Die Haupt-Personen sind: die Commissarien, der Falliten-Actuar, die Curatores bonorum, und die Gläubiger, in so ferne sie an der Berichtigung der Masse durch ihr Stimmrecht Theil nehmen. Von den Commissarien wird in diesem 2ten Art. gehandelt.

Es besteht die Fallit-Commission aus zwey Mitgliedern des Raths, um dem außergerichtlichen Concurs-Verfahren die nöthige Auctorität zu geben. — Die Falliten-Ordnung hat den Commissarien ihre Geschäfte vorgeschrieben, und diese weiset demnach aus, wie weit die commissarische Vollmacht sich erstrecket; in wie weit die Commissarien, ohne bey dem Senate anzufragen, für sich handeln können, und in wie weit nicht. Ferner, wann ihre außergerichtliche Vollmacht, dadurch daß die Fallit-Sache gerichtlich wird, ein Ende nimmt. Das Wichtigste des Auftrages, besteht in der Aufsicht welche die Commissarien über die Fallit-Sache zu führen haben. Dieser Auftrag liegt am wesentlichsten in dem Gesetze: daß alle Verhandlungen mit den Gläubigern vor der Commission geschehen müssen. Die Commissionsherren setzen daher ohne weitere Anfrage zu Rath, die Commissionen an, lassen die Gläubiger vorladen, und bekräftigen die Beschlüsse in der Commission. Ferner

gehört

gehört zu dem genannten Auftrage, die Aufsicht über die bey dem Concurse geschäftigen Personen, damit diese in allen Stücken ihre Pflichten erfüllen. Endlich gehört dazu, die Befugniß der Commissarien, die klaren Gesetze auf unbedenkliche Fälle anzuwenden, z. B. die Stimmen der Gläubiger nach der angegebenen Summe der Forderung, zufolge des Art. 4. festzusetzen, — den Ausspruch darüber zu thun, ob der Accord statt habe, nach Anleitung des Art. 52. u. f. f.

Zweytens ist die Beeydigung der bey dem Concurse handelnden Personen, ein den Commissarien aufgetragenes Geschäft. Vor ihnen müssen die Curatoren und der bey der Sache bestellte Buchhalter, den Eyd ablegen.

Drittens haben die Commissarien eine sehr ausgedehnte Vollmacht zur gütlichen Beylegung der Streitsachen (s. Art. 73). Ich rechne hierzu noch, das in den Artikeln 22. und 56. §. 2. ertheilte Recht, den Gläubiger über dessen Forderung noch einiger Zweifel statt hat, den Eyd darauf ablegen zu lassen.

Viertens ist den Commissarien die Befugniß ertheilt, in einigen Fällen Concluſa (außergerichtliche Erkenntnisse) abzugeben. Die Falliten-Ordnung giebt in folgenden Fällen, die Befugniß: a) bey Streitigkeiten über das Stimmrecht in den Commissionen. Art. 4. — b) Curatores bonorum zu benennen, wenn die Creditoren nicht erscheinen, oder sich über die Wahl nicht vereinigen können. Art. 4. — c) Den Buchhalter die Einsicht der Bücher des Falliten zu gestatten. Art. 5. §. 2. — d) Die Termine zur Accordsproposition zu verlängern, (jedoch mit Zuziehung der Gläubiger), Art. 46.

§. 2. — e) Den Gevollmächtigten von Fremden eine Frist zur Einholung der Erklärung ihrer Vollmachtgeber über An- oder Nichtannehmung des angebotenen Accordes, zu gestatten. Art. 52. §. 2. — f) Eine streitige Sache wegen Forderung eines Gläubigers, zu Gericht zu verweisen. Art. 56. §. 3. — g) Wenn zwischen Curatores bonorum und den Creditoren ein Streit entsteht, ob auf die Masse verwendete Kosten, zum Besten derselben verwendet sind," brevi manu zu entscheiden. Art. 95. §. 2.

Diese Fälle da den Commissarien das Recht aus eigener Auctorität zu concludiren zusteht, müssen als Ausnahmen von der Regel angesehen werden; indem ihnen dies Recht ordentlicherweise nicht zusteht. Eben deswegen darf daher diese Befugniß nicht ausgedehnt, angewendet werden; sondern jedes andere Conclusum, das die Falliten-Ordnung nicht bestimmt erlaubt, würde von keiner Kraft seyn. So würde folgendes Conclusum z. B. die Gläubiger nicht binden; wenn zur Constituirung einer Masse, Einschuß an Geld von den Gläubigern gefordert würde, und bey der Weigerung derselben, die Commissarien ihnen: Einschuß bey Verlust der Forderung, auflegen wollten. Indeß kann man auch nicht anstehen Concluſa der Commissarien für rechtlich anzunehmen, wenn die Fälle mit denen in den oben angegebenen Artikeln, analog sind. So scheint mir folgendes Conclusum mit dem Art. 52. analog, daß wenn ein hiesiger Gläubiger eine in der Commission gethanene Proposition in Bedenken nimmt, ihm eine Frist anberaumt werden könne, wornach er für einwilligend zu

halten

halten wäre. Ich enthalte mich aber hierüber abzusprechen. Ob es in allem Betrachte gut wäre den Commissarien eine weitere Befugniß, aus eigener Auctorität zu entscheiden, zu ertheilen? ist eine Frage die Ueberlegung verdient. Es ist indeß sehr klar, daß eine erweiterte Vollmacht der Commissarien, zur Beschleunigung einer Concurssache viel beytragen würde.

In den übrigen zu entscheidenden Fällen ist demnach immer ein Decret des Raths erforderlich. Die Commissarien müssen an denselben referiren, und auf Entscheidung antragen. Solche Fälle sind namentlich: a) zur Confirmirung der in der Commission erwählten Curatoren. b) Zur Entschlagung derselben. c) Zur Bekräftigung, wenn die Gläubiger die Disposition über das Vermögen dem Schuldner wieder übertragen. Art. 37. — d) Zur Classificirung des Falliten, ob er als unglücklich, leichtsinnig oder als boshaft an die Börse anzuschlagen ist; und ob und wie er zu bestrafen ist. In den vorliegenden Fällen, lautet das Decret: auf abgestattete Relation der Herren Commissarien, decretirt E. E. Rath ꝛc. Ferner entscheidet der Rath, wo eine ordentliche Erörterung der Sache, vor der Entscheidung nöthig ist. Dahin gehört: a) wenn ein Curator Ursachen anführt die Curatel abzulehnen. b) Wenn über die im Art. 22. bestimmten privilegirten Schulden Streitigkeiten entstehen. c) Wenn Partheyen das Vindicationsrecht zu haben glauben. Bey diesem letzten Falle indeß, sowohl wie bey andern Processen über die Richtigkeit einer Schuld ꝛc. muß vorausgesetzt werden, daß die Partheyen das Gericht nicht wollen. Auch kön-

nen die Sachen (b. c.) anf den Diehlen der Bürgermeister und Prätoren geführt werden. Endlich, wenn über die Auslegung eines Falliten-Gesetzes Zweifel entsteht, oder ein besonderer Fall Bedenken über die Anwendung eines Gesetzes erregt, so haben nicht die Commissarien, sondern der Senat den Ausspruch zu thun.

Es wird diese allgemeine Uebersicht der Geschäfte der Commissarien hinreichen, um verständlich zu seyn ehe ich an die Abhandlung der Artikel komme, welche von den commissarischen Geschäften genauer reden.

In dem §. 3. des vorstehenden 2ten Artikels wird besonders angegeben, wie eine Zusammenberuffung der Gläubiger rechtlich ist. Ich habe schon die Ursache erwähnt, aus welcher die Zusammenkünfte vor den Commissarien geschehen müssen, und warum die Privat-Zusammenberuffungen verboten werden. Es wird hierdurch besonders für die Rechte des Dritten gesorgt, daß dieser nicht durch Beschlüsse gefährdet werde, welche nicht durch die Auctorität der Commissionsherren den Stempel der Nothwendigkeit und der Rechtlichkeit an sich tragen. Sonst freylich wird es keinem verwehrt werden können, sich besonders mit dem Schuldner oder einem Mitgläubiger zu vergleichen; so weit nichts anders, als nur die Rechte dieser Partheyen in Betrachtung kommen. So wie denn auch die Parthey die auf eine solche Privat-Beruffung erschienen und mit dem Beschlusse einig geworden ist, nicht in Beziehung auf unseren Rede stehenden §., davon abgehen kann. Die Handlung

ist

ist hier ein Vertrag, und daher paßt das Gesetz nicht, welches den Ueberlistungen wehren will; indem, wer wissentlich seines Rechtes sich begiebt, auf Hülfe keinen Anspruch machen kann.

Das, die Privat-Zusammenforderungen verbietende Gesetz, hat indeßen Fälle der Noth bedacht, wo die Commission nicht sogleich zu veranstalten wäre; darum ist den Privat-Versammlungen in diesen Fällen, eine Gültigkeit beygelegt worden. Jedoch mit der Bedingung „daß den Herren Commissariis unverzügliche Nachricht von der veranstalteten Versammlung gegeben, und in der nächsten Commission von den hierin abgefaßten Beschlüssen, Relation ad Protocollum abgelegt werde.„ Hierdurch sind also auch Rechte der Dritten betroffen; denn, da die Versammlungen in den erwähnten vorkommenden Fällen, auctorisirt sind; so muß der nicht erschienene Eingeladene, sich den Beschluß gefallen lassen. Diese Umstände müssen denn freylich bey jedem einzelnen Falle die Frage nothwendig machen: ob auch der Nothfall hier vorhanden war? Indeß hat allerdings dem richterlichen Ermessen dabey vieles überlassen werden müssen; indem sich hier die Grenze nicht bestimmt ziehen läßt. „Wenn periculum in mora ist oder sonst die Beschaffenheit der Umstände es erfordern möchte,„ sagt das Gesetz, und erlaubt damit die Sache immer, wenn Curatores bonorum hinlängliche Gründe zur Rechtfertigung ihres Benehmens haben. Da nun die Curatores sich ohne Noth keiner Verantwortung aussetzen werden, so ist hier nicht leicht eine Gefahr zu besorgen.

Die Erkennung über die Gerechtigkeit der Privat-Versammlung gehört den Commissarien; doch wird es jedem der mit dem Ausspruche derselben nicht zufrieden ist, freystehen, sich zu Rath zu wenden. — Die Commissionen befördert der Advocat bey der Fallit-Sache. Er muß dem Rathhaus-Schließer die Namen der zu citirenden Gläubiger aufgeben. Diese werden dann durch einen Ansage-Zettel zu der Commission auf dem Rathhause eingeladen. Das Vorstehende betrift das Verfahren bey einer Commission im allgemeinen, wovon

Andersons Hamb. Privat-Recht. 2ter Th. S. 254. u. f.

das mehrere enthält. Was das Verfahren in einer Fallit-Commission besonders betrift, davon handeln die folgenden Artikel.

Art. 3.

Bey den Commissionen soll ein Protocoll gehalten, und dazu ein Actuarius Commissionis bestellet werden.

Weil nöthig seyn wird, daß über alles das, was bey der Commission vorkommt, ein ordentliches Protocoll gehalten werde, als wollen Wir dazu einen Graduirten, der dieser Stadt Bürger, und, den Verfassungen nach, dazu fähig ist, als Actuarium Commissionis perpetuum erwählen, welcher den sub No. 1. anliegenden Eyd abstatten, bey allen Commissionen in Fallit-Sachen gegenwärtig seyn, sothanes Protocoll führen, die Propositiones und Entschliessungen anmerken, die Producta wohl aufheben, und auf dieselben das Productum schreiben soll; damit man aus solchem Protocoll, wie die Fallit-Sache stehe, ersehen könne, und eine nöthige Verbindung der Sachen beybehalten bleibe. Und soll der Actuarius Commissionis für jede Commission Sechs ßß Cour. und für einen Extract Ein ßß zu genießen haben.

Die Deputation hat die Einrichtung mit dem Actuare, und den nachstehenden Eyd desselben, bewirkt.

Eyd des Actuarii Commissionis beym Fallit-Wesen.

Ich N. N. schwere zu Gott dem Allmächtigen, daß ich das mir aufgetragene Actuariat bey den Commissionen zum Fallit-Wesen treu und redlich will verwalten. Ich will des Endes die Fallissemente, so sich künftighin in dieser Stadt zutragen werden, fleißig notiren, bey den angesetzten Commissionen mich jedesmal und zu rechter Zeit einfinden, von allem, was darinn vorfällt und zu notiren nöthig ist, oder mir von den Herren Commissariis zu protocolliren aufgetragen wird, ein richtiges und vollständiges Protocoll halten, die Namen und Forderungen der Creditorum, und von welcher Art ihre Angaben sind, accurate aufzeichnen, die Producta wohl aufheben, und solche, nebst dem Protocoll, nach geendigter Sache, oder wann es verlanget wird, zu jeder Zeit den Herren Commissariis, zur weitern Asservirung auf hiesigem Archiv, einliefern, nicht weniger, ohne Ansehen der Person, so viel an mir ist, darauf Acht geben, daß der neuen Falliten-Ordnung in modo procedendi nachgelebet, und die Commissiones nicht verschoben, sondern zur bestimmten Zeit gehalten werden. Ferner will ich den Curatoribus bonorum zwar,

so

so oft sie es begehren, inspectionem Protocolli willig verstatten, und ihnen von der Situtation der Sache jedesmal gebührende Nachricht ertheilen, sonsten aber dasjenige, was bey den Commissionen, oder sonsten bey dem Fallit-Wesen vorfällt, und von der Art ist, das es geheim bleiben muß, verschweigen, nnd niemanden, als dem es zu wissen gebühret, offenbaren, auch mich in Sachen, die vor der Commission tractiret werden, und nicht schon zu Gerichte, oder ad Senatum verwiesen sind, aller Consiliorum, und Direction als Consulent enthalten, und von den Partheyen nichts begehren oder fordern, als was mir zugelegt ist; mithin mich so, wie einem fleißigen und unpartheyischen Actuario gebühret, verhalten. So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort!

Erläuterung.

Das, durch die neue Falliten-Ordnung eingeführte Commissions-Verfahren bey den Concursen, machte es, nach den Worten des Gesetzes, zu folgenden Zwecken nothwendig, ein richtiges Protocoll zu haben, 1) um sehen zu können wie die Fallit-Sache stehe, und 2) damit eine nöthige Verbindung in dem Verfahren erhalten werde. — Zur Führung des Protocolls in den Commissionen bey der alten Concurs-Ordnung, hatte man

gewöhnlich einen Notarium genommen; und da die Sachen bald zu Gericht gingen, mochte man hiermit auskommen. Allein sehr deutlich erforderte die neue Ordnung der Dinge, zur Führung des Protocolls einen Mann, der seine ganze Thätigkeit diesem Geschäfte weihen könnte. Es ward daher ein Gesetz der Falliten-Ordnung: einen beständigen Actuar der außergerichtlichen Fallit-Sachen, zu haben. Es sollte dieser Mann, ein Graduirter, hamburgischer Bürger, und den Verfassungen nach, dazu fähig seyn. Daß es unumgänglich nöthig wäre einen academischen Gradum in den Rechten, angenommen zu haben, um Actuar werden zu können; mag nun so strenge wohl nicht zu verstehen seyn. Warum sollte nicht ein ungraduirter Rechtsgelehrter sehr wohl diese Stelle bekleiden können. Aber, weil es Sitte ist, daß die Rechtsgelehrten in Hamburg eine academische Würde annehmen; so hat durch das vorliegende Gesetz wohl nur angedeutet werden sollen, daß dies Auctuariat zu den vorzüglicheren Stellen gehöre, die man von einem Manne bekleidet wissen wollte, der einen Beweiß seiner Kenntnisse im juristischen Fache abgelegt hätte. Die Verfassung unserer Stadt will, daß, wer durch ein weltliches Amt und einen Eyd der Stadt verwandt wird, auch ein Bürger der Stadt sey; darum ist die Verordnung des Gesetzes hierüber, nicht etwas neues bey dem Actuariate. Er muß ferner den Verfassungen nach dazu fähig seyn; dies bezieht sich auf die Religion, auf seinen Stand, daß er z. B. nicht zugleich ein anderes Amt bekleiden, oder ein hier nicht passendes Geschäft führen

ren könne, u. s. f. Wenn es übrigens dem Actuare die Zeit erlaubt, so steht ihm allerdings frey, gelehrte Geschäfte zu treiben. Er kann namentlich advociren; nur, zufolge seines Actuariat-Eydes, "nicht in Sachen, "die zu den Fallit-Sachen gehören und vor der Commis- "sion tractirt werden;" wohl aber, auch in diesen, "wenn "sie ad Senatum verwiesen oder zu Gericht gegangen "sind." Die Besoldung des Actuars ist keine feste Summe, sondern er erhält seine Bezahlung durch die bey den Fallit-Sachen zu entrichtenden Gebühren. Wie der vorliegende Art. und ein am 9ten October 1773 hierüber per Conclusum abgegebener Schragen, nachweiset. Die Einnahme richtet sich freylich nach den mehreren und wenigeren Fallissementen, die vorkommen; allein es sind derselben in einer Handlungs-Stadt wie Hamburg so viele, daß das Actuariat schon seinen Mann ernährt.

Der Actuar wird von den Bürgermeistern und Rathsherren durch Stimmen-Mehrheit, aus den sich zu der Stelle gemeldeten Rechtsgelehrten gewählt. Den Rathstag nach der Wahl wird der Erwählte in die Rathsstube, zur Abstattung des Eydes (wie vor stehet) geruffen; und darnach tritt er sogleich sein Amt an. Auch das Archiv der Fallit-Sachen, das sich in dem Hause des vorigen Actuars befindet, muß ihm unverzüglich überliefert werden. — Wir haben seit 1753, drey Actuare gehabt. Zuerst wurde gewählt: Nicolas Wolpmann, d. R. Licentiat. Er starb 1774. Darauf ward es: Daniel Jenquel, d. R. Lt. Dieser starb schon im folgenden Jahre 1775. Seitdem ist

es unser verdienstvolle Johann Christian Greilich, d. R. Lt.

Die Pflichten des Actuars müssen aus den in der Falliten-Ordnung zerstreuten Vorschriften, und aus dem was ihm besonders in seinem Eyde, und in den späterhin vom Senate abgegebenen Conclusis zur Pflicht gemacht ist, ersehen werden. Seine Hauptsache ist das Protocoll. Und die Führung desselben ist ein Geschäft welches viele Aufmerksamkeit und eine genaue Kenntniß des Falliten-Rechtes erfordert. Es gehört zum Protocolle: 1) die Aufzeichnung der Namen der Gläubiger, der Grösse ihrer Forderungen, und der Art derselben. Zu diesem Ende wird dem Actuar nicht allein eine Copey des zu Rath übergebenen Verzeichnisses der Gläubiger mitgetheilt, sondern er ist auch gehalten, alle, sich bey ihm vor Anschlagung des gerichtlichen Proclamatis pro convocandis creditoribus, als Gläubiger der Masse, sowohl in als außer der Commission meldende, aufzuschreiben. Es ist vom Senate ein besonderes Conclusum darüber, folgenden Inhaltes abgegeben worden *).

Extractus Protocolli Senatus Hamb. die Anmerkung der datorum professionis bey den Fallit-Commissionen betreffend. d. d. 5. November 1764.

"Conclusum et commissum Sr. Wohlweish. Herrn Wagener, dem Actuario Commissionum anzudeuten, daß er nicht allein bey denjenigen Angaben, die er in Commissionibus protocolliret, sondern auch bey denjenigen, die er vor

*) Die nachstehenden Concluſa, setze ich nur zur Aufstellung der Pflichten des Actuars hierher; ihren Inhalt werde ich unten bey der Abhandlung des Proclams, in weiterem Umfange benutzen.

vor erkannten und affigirten Proclamatibus, extra Commissiones zu Protocoll bringet, die data professionis beyfüge, auch solche data ebenmäßig in der, vor Abgebung des Präclusiv-Spruches, von ihm zu extrahirenden Designatione professionum genau anmerke.„

In der Mandaten-Sammlung, Th. 5. S. 2475, ist bey dieser Verordnung folgende Anmerkung gemacht: "Es geschahe auch am selbigen Tage ab Amplissimo Senatu beym Löbl. Nieder-Gerichte die Anrege, bey solchen Fallit-Sachen, welche extrajudicialiter tractiret werden, dahin ratione futuri zu sehen, daß die Proclamata, sie mögen ratione Creditorum provocandorum ab implorantibus eingerichtet seyn, wie sie wollen, als wenig die Präclusiv-Sprüche, gegen keine andere, als solche Gläubiger erkannt und dirigirt werden, welche sich nicht bereits selbst, oder durch Gevollmächtigte, angegeben haben.„

Die Anmerkung ist wichtig, weil dadurch bewiesen wird, daß die ad Protocollum Commissionis angegebenen Gläubiger, sich um das Proclam nicht weiter zu bekümmern haben. Ich werde unten mehr davon sagen.

Sobald das erwähnte Proclam angeschlagen ist, so muß der Actuar die, sich bey ihm angebenden Gläubiger, an das Gericht verweisen; seine Aufzeichnung würde nun von keiner Wirkung mehr seyn.

Die hierüber abgegebenen Conclula sind folgende:

Extractus Protocolli Senatus Hamb. zur Erläuterung der Falliten-Ordnung bey ergehenden Proclamatibus d. d. 4. Novemb. 1756.

Conclusum: 1) Daß, da nach Maaßgebung der neuen Falliten-Ordnung, das Proclama im Niedern-Gerichte vornehmlich zur Ausfindigmachung unbekannter Creditoren ausgebeten wird, diejenigen hiesigen Creditoren, die sich vor Abgebung der Präclusiv-Sentenz mit ihren Forderungen

gen

gen entweder bey Curatoribus Bonorum, oder auch ad Protocollum Commissionis, gemeldet, sowohl in den gegenwärtigen als sonstigen ähnlichen Fällen, bey der Massa bonorum des Falliten zu admittiren, und nicht für präcludiret zu achten.

2) Daß, wenn künftig in Fallit-Sachen ein Proclama proconvocandis Creditoribus in judicio inferiori gesuchet wird, der Actuarius Commissionum jedesmal vor Ausbittung der Sententiae praeclusivae eine Designation derjenigen Creditoren, die sich entweder bey den Curatoribus Bonorum oder auch ad Protocollum Commissionis, mit ihren Forderungen gemeldet, ad Protocollum Designationis Creditorum extrajudicialium auf dem Niedergerichtl.-Comtor zu geben schuldig.„

"Conclusum et commissum Dominis Praetoribus, den Deputirten des Niedern-Gerichts von vorstehenden Conclusis mündlich Nachricht zu ertheilen, übrigens aber allen Procuratoren anzubefehlen, daß sie dem Actuario beym Fallitwesen die quaest. Designation vor Ausbittung der Sententia praeclusivae abzufordern, und solche ad Acta zu legen hätten.„

An 3ten September des Jahres 1764, erschien über diese Sache folgendes geschärfte Conclusum, (welches sich in der Mandaten-Sammlung nicht findet).

Extractus Protocolli Senatus Hamburgensis. Lunae die 3. Septemb. 1764.

"Conclusum et commissum Dno. Praetori, dem Actuario judicii inferioris anzudeuten, daß sobald ein in Fallit-Sachen vom Niedern-Gerichte erkanntes Proclama ad valvas curiae affigirt worden, er dem Actuario Commissionum selbst und nicht dessen Bedienten, davon ungesäumt schriftliche Nachricht zu geben habe.„

"Conclusum et commissum Ihro Wohlw. Herrn Wagener Lt. dem Actuario Commissionum anzuzeigen, daß, sobald

sobald ein vom Niedern-Gerichte in Fallit-Sachen erkanntes Proclama, ad valvas Curiae affigirt worden, und er davon, es sey von dem Actuario judicii inferioris, oder auf einige sonstige Art und Weise Nachricht erhalten, er sich alles Protocollirens etwanniger Angaben extra Commissiones schlechterdings zu enthalten, und die bey ihm sich meldenden Profitenten an den Actuarium judicii inferioris zu verweisen habe.„

(In dem gleich folgenden Art. 4. kömmt noch einiges, die Aufzeichnung der Gläubiger betreffendes vor, welches die Sache: daß der Actuar jeden der sich angiebt aufschreibt, ohne Erkundigung über die Wahrheit der Angabe einziehen zu dürfen, mehr erläutert.)

In den Commissionen selbst, gehört in das Protocoll folgendes: 1) die Namen der Commissarien. 2) Die Namen der erschienenen Gläubiger. 3) Das, was in der Commission vorgeht, nehmlich: a) wer einen Antrag macht. Entweder ist dies der Commissionsherr selbst, z. B. wegen Erwählung der Curatoren; in der ersten Commission. Oder später die Curatoren, (Namens ihrer gewöhnlich der Advocatus massae). Oder ein Gläubiger. b) Der Vortrag selbst. Besteht dieser in wenigen Worten, so kann ihn der Actuar sogleich zu Papier nehmen. Ist es aber in einem schriftlichen Aufsatze enthalten, was vorgetragen wird, so muß dem Actuare Copey gegeben werden. c) Endlich der Beschluß auf den Antrag. Kömmt es hier auf die Stimmenmehrheit an, so bemerkt der Actuar die abgegebenen Stimmen auf seiner Namen-Liste der Gläubiger, und legt dann das Resultat der Stimmen vor. — Diese Hauptsachen der Vorgänge in den Commissionen, können nie fehlen. Die Debatten

über

über die Anträge aber, gehören nicht nothwendig in das Protocoll; so wenig, wie vielleicht sonstige Bemerkungen der Anwesenden. Soll hiervon etwas aufgeschrieben werden, so injungirt der Commissar dies dem Actuare, der, laut seines Eydes, Folge zu leisten schuldig ist. Ferner gehört zu Protocoll, was außer der Commission, in der Fallit-Sache geschieht; wie, die Beeydigung der Curatoren und des Buchhalters. (Bey diesen Beeydigungen ist es zugleich das Geschäft des Actuars, den zu Beeydigenden, den Eyd vorzulesen.) Ferner die Kundmachung der Wahl zu Curatoren, an die dazu, in der Commission nicht anwesend gewesenen, Erwählten; die in vorkommenden Fällen gegebene Entschuldigung dieser Erwählten, u. s. f. (S. Art. 6.). Kurz alle auf die Fallit-Sache Bezug habenden Vorfälle: wohin noch namentlich die im vorigen Artikel bemerkten privativen Versammlungen der Gläubiger in Nothfällen, gehören.

Hierüber und auch über das in der Commission vorgefallene, muß der Actuar dem ältesten Commissionsherrn einen Extractum Protocolli überreichen, wie ein Conclusum d. 6. Octob. 1779. verordnet. (Es ist bisher noch ungedruckt.)

Extractus Protocolli Senatus Hamburgensis. Veneris. d. 8. Octob. 1779.

"Conclusum: dem Actuario beym Fallitwesen aufzugeben, daß er künftig dem jedesmaligen ältesten Herrn Commissario bey jeder Fallit-Sache, so bald darinnen entweder eine Commission gehalten worden oder eine Anzeige geschehen die in die Betreibung des Concurses einen Einfluß haben kann, unverzüglich einen Extractum Protocolli

colli in forma probante auf Kosten der Fallit-Masse zuzustellen habe.„

Die Einsicht des Protocolls kann unmöglich jedem der bey der Masse Interesse hat, gradezu gestattet werden. Daher ist der Actuar angewiesen, nur den Curatoren die Einsicht auf ihr bloßes Verlangen zu gestatten (s. den Eyd); für jeden andern muß das Protocoll ein Geheimniß seyn, und ohne besondere Befugniß von den Commissarien, kann ein solcher keine Mittheilung von dem Actuare erwarten.

Die Form eines Extractus Protocolli s. am Ende dieses Artikels.

Der Actuar hat zugleich das Archiv der lauffenden Fallit-Sachen; er muß nach dem Art. 3. die Producte wohl aufheben und das productum darauf schreiben. Zu den Productis gehören alle die Schriften die bey der Fallit-Sache vorkommen, z. B. Rechnungen, Atteste u. s. f. Daß grade auf alle diese Schriften das productum, d. i. der Tag der Eingabe bemerkt werden müßte, wird wohl als eine oft überflüßige Sache, nicht immer beobachtet. Indeßen wenn Rechte davon abhängen, daß eine Schrift zur gehörigen Zeit producirt worden, so wird der Actuar die Aufschrift nicht unterlassen. — Man könnte bey dem Gesetze: daß der Actuar das Archiv bey sich haben solle, fragen: warum man doch hier von der allgemeinen Regel abgegangen sey, daß ein Archiv nicht in einem Privat-Hause gelassen werden müßte? Und freylich läßt sich hierauf nicht antworten, daß die Papiere nicht wichtig genug

wären

wären, um sie keiner Gefahr auszusetzen und alle Sorgfalt für sie zu tragen. Es ist nur der Fall hier, daß es in den Gebäuden des Rathhauses nicht Raum für dies Archiv giebt, indem doch ein ganz besonderes Zimmer dazu erfordert würde. — Nach abgeschlossener Sache muß der Actuar die Fallit-Acten auf das Stadt-Archiv liefern, als wo alle Acten der beendigten außergerichtlichen Sachen verwahrt werden.

Das Protocoll ist die Grundlage zur Erlangung des Zweckes, daß nichts versäumt werde was zur Ordnung gehört. Aus demselben soll ersehen werden wie die Sache stehe, um in Acht nehmen zu können, wie weiter zu verfahren sey; auch soll dasselbe den Beweiß liefern, daß regelmäßig verfahren worden. Dies giebt Gelegenheit zu der Frage: wie die Personen die bey dem Concurse geschäftig sind, zur Erhaltung der Ordnung zu wirken haben? Die Commissarien sind die Haupt-Personen zur Führung der Aufsicht. Allein weil doch auch ihrer Aufmerksamkeit etwas entgehen kann, so sind die Personen die Kenntniß von der Fallit-Sache haben müssen, angewiesen, die Bemühungen der Commissarien zu unterstützen und denselben Anzeige zu thun, wenn die Gesetze nicht genau in Acht genommen werden. Der Actuar ist am besten hierzu im Stande; daher enthält nicht allein sein Eyd die Verpflichtung für ihn: "Acht zu geben daß der Neuen Falliten-Ordnung in modo procedendi nachgelebt und die Commissionen nicht verschoben, sondern zu rechter Zeit gehalten werden" — sondern ein besonderes Conclusum schärft ihm diese Pflicht ein. Es ist

an

an den damaligen Actuar Lt. Wolpmann namentlich gerichtet.

Extractus Protocolli Senatus Hamb. die Beförderung der Fallit-Commissionen betreffend. d. d. 14. Oct. 1763.

"Conclusum: daß dem Actuario bey den Commissionen zum Fallit-Wesen Lt. Wolpmann zu injungiren, wie er ein genaues Verzeichniß zu machen habe, von den datis, an welchen Curatores bonorum einer jeden Fallit-Sache zufolge der neuen Fallit-Ordnung gehalten sind Creditores zu convociren, und Commissionen zu halten, und wenn er finde, daß Curatores bonorum darin etwas versäumen möchten, er den Herren Commissarien davon sogleich Anzeige zu thun habe."

S. die Mandaten-Sammlung. 5ten Th. S. 2398.

Dem Abdrucke dieses Concluſi hat Klefeker einen Anhang zugefügt, der uns von Verfügungen Nachricht giebt die ebenfalls die Beobachtung der Ordnung angehen, und den Rathhaus-Schliesser und die Canzeley betreffen. Diese Verordnungen sind vom 9ten November des Jahres 1763. Sie verpflichten den ersteren, darauf zu sehen, daß die erste Commission sogleich befördert werde, und die andern Commissionen von drey zu drey Monaten ordentlich gehalten würden. Indem er den Commissarien von den Fällen der Ermangelung Nachricht gäbe. Der Canzeley ist vorgeschrieben, dem Rathhaus-Schliesser von den erklärten Insolvenzen selbst, und den Decreten darauf, Nachricht zu geben *). — Es war diese

*) Ich kann das Concluſum nach seinem vollen Inhalte nicht hersetzen, weil ich es mir nicht habe verschaffen können. — Auch ist dies Concluſum oben S. 10. aus Versehen nicht mit aufgezählt worden; ich bitte es hinzuzusetzen.

diese Zeit grade das unglückliche Handlungs-Jahr (1763); die baldige Beendigung der Fallissemente war mehr wie je nothwendig, und die Uebersehung von Unordnungen dennoch sehr leicht möglich, weil der Fallissemente so viele waren. Wir wissen daß die Bemühungen guten Erfolg gehabt haben.

Der übrige Inhalt des Artikels 3. und des Eydes, verbinden im allgemeinen den Actuar zur treuen Führung seines Amtes. Dahin, daß er 1) bey den Commissionen gegenwärtig sey. Diesemnach, muß sich die Ansetzung der Commission auch darnach richten, daß der Actuar Zeit habe zu erscheinen, und nicht schon andere angesetzte Commissionen seine Gegenwart erfordern. Wer daher die Commission befördert, muß vorher Rücksprache mit dem Actuar nehmen, und dann um eine gelegene Zeit bey den Commissionsherren ansuchen. Nothfälle entschuldigen allerdings den Actuar, in der Commission gegenwärtig zu seyn, wie Krankheit ꝛc.; er muß dann einen der Sache kundigen Mann für sich schicken. 2) Ein richtiges Protocoll zu halten. 3) Den Commissarien die verlangten Papiere und Protocolle nicht vorzuenthalten, und die wahre Gestalt der Sache nicht zu verheelen. 4) Ohne Begünstigung irgend einer Persohn auf die Ordnung zu halten. 5) Den Curatoren den erforderlichen Unterricht über die Lage der Sache zu geben. Hinwider 6) gegen jeden, der kein Recht zu fragen hat, verschwiegen zu seyn. Auch 7) keiner Parthey als Advocat zu dienen, wo die Sache mit seiner Pflicht als Actuar in Zusammentreffen kommen könnte.

8) Keine

8) Keine weitere Gebühren zu verlangen als sein Schragen ihm zugesteht.

So weit von den Pflichten des Actuars im allgemeinen; was er bey einzelnen Fällen zu beobachten hat, wird bey den Artikeln die darüber handeln, vorkommen; wie gleich im folgenden Artikel.

Ein Extractus Protolli in Fallit-Sachen ist folgendermaßen abgefaßt:

Lunae d.... 17.. Coram Praenob. Dnis. Commissariis *N. N.* waren in der heutigen, wegen Proponirung eines Accordes angesetzten Commission, nebst dem Advocato massae *N.* und dem beeydigten Buchhalter *N.* erschienen: *N. N.* als Curatores. Als Gläubiger *N. N.* ꝛc. *N. N.* mandatar. nom. &c. Es gab hierauf der Advocatus massae folgendes ad Protocollum. Relation... Antrag. (Ob Creditores den Accord von .... pCt. annehmen wollten?) Conclusum: Placet per unanimia, — per majora.

Actum ut supra.

Art. 4.

Art und Weise, wie vor den Herren Commissariis Curatores bonorum zu erwählen.

Zu der Commission, welche die verordneten Herren Commisfarii ohne Anstand zu halten sich nicht entlegen werden, sollen sämmtliche hiesige Creditores, und der auswärtigen Gevollmächtigte, welche der Debitor, falls er gegenwärtig und im Leben ist, aufrichtig anzugeben hat, vorgefordert, und von den Anwesenden, sie mögen in starker oder geringer Anzahl erschienen seyn, 2, 3, oder nach der Wichtigkeit des Fallitents mehrere Curatores bonorum per majora, nach den Summen, welche die Gläubiger, ihrer Angabe nach, zu fordern haben, erwählet, und beym nächsten Raths-Tage von Uns confirmiret, auch allenfalls, wenn Creditores nicht erscheinen, oder über die Wahl sich nicht vereinigen mögten, solche Curatores von den Herren Commissariis ex officio benennet, und deren Confirmation von Uns bewirket werden.

Wie die Vota zu rechnen.

Es hat aber mit der vorstehenden Verordnung, daß künftighin die Vota der Creditorum nicht nach der Anzahl der Personen, sondern nach den Summen, die ein jeder angiebt, gerechnet,

net, und der Schluß darnach abgefasset werden soll, nicht die Absicht, daß die Summen ganz genau ausgerechnet, nnd eines jeden Stimme darnach abgezirkelt werde, sintemal eine solche genaue Ausrechnung nicht nur viele Zeit unnütz erfordern würde, sondern auch leicht zn schädlichen und unnöthigen Streitigkeiten Anlaß geben könnte; sondern Wir haben nur den Zweck damit erreichen wollen, daß derjenige, der einen grössern Antheil an der Credit-Massa hat, auch einen grössern Antheil an den Berathschlagungen haben möge. Und damit aller Mißverstand, so viel möglich, gehoben werde, so sollen a) nur die Capitalia, ohne Unterschied, es mögen Hypothek- oder Buch-Schulden seyn, niemals aber die Renten beym votiren gelten; b) privilegiati, und die ihr Dominium vindiciren, haben kein Votum, wie auch diejenigen nicht, deren Forderung sich nicht auf 100 mg Banco erstrecket, doch können sie bey den Commissionen erscheinen, und ihre Gerechtsame beobachten; c) wer 3000 mg Bco. nnd darunter bis 100 mg Bco. zu fordern hat, der hat eine Stimme; wer zwischen 3000 mg Bco. und 9000 mg Bco. inclusive angiebt, 2 Stimmen; ein Creditor über 9000 mg Bco. bis 15000 mg Bco. 3 Vota; über 15000 mg Bco. bis 21000 mg Bco. 4 Vota; und wer über

21000 mg Bco. zu fordern hat, es gehe so weit es wolle, 5 Stimmen und nicht mehr, damit er sich nicht allein zum Meister der Berathschlagungen mache. Und damit d) der Zeit möglichst geschonet, und das Protocoll vollständig gemacht werde, so soll ein jeder Creditor bey seinem ersten Erscheinen, so wie seinen Namen, also auch die Summe und Art seiner Forderung anzeigen, und so lange, bis er solches thut, zum votiren nicht gelassen werden, jedoch mit dem Vorbehalt, daß es ihm, in Verfolg der Sache, zu keiner Verantwortung oder Nachtheil gereiche, wenn er etwan aus Unwissenheit oder Irrthum seine Forderung höher oder geringer, als sie würklich ist, wenn es nur nicht aus Vorsatz geschehen, angegeben hätte, wie ihm dann auch errorem zu corrigiren beständig frey stehet, und eine unrichtige Angabe so wenig die Wahl der Curatorum, als übrige Berathschlagungen, unkräftig machen soll.

Zusätze und Veränderungen.

Der Theil des Artikels, wie die vota zu rechnen, bis zu Ende des Artikels, ist ganz von der Deputation hinzugefügt; und noch die Anmerkung gemacht worden, daß die Art. 4. 11. 21. 37. 42. 50. 97. sich auf diesen Abschnitt des Artikels 4. beziehen müssen.

Art. 5.

Wie in dem Falle, da die Creditores so bald nicht auszumachen, durch Bestellung eines Buchhalters solche ausfündig zu machen.

1) Sollte der Debitor seine Creditores nicht selbst kund thun wollen, oder wol gar entwichen oder gestorben seyn, mithin seine Gläubiger so bald nicht ausfündig gemacht und citiret werden können, so sollen diejenigen, die, nach dem Inhalt des vorhergehenden zweyten Artikels, den Debitorem verfolgen, und auf seine Güter den Universal-Arrest angeleget haben, dessen ungeachtet, die Commission befördern, und derselben einen Buchhalter vorstellen, welcher nach dem Hause des Falliti unverzüglich sich zu begeben, vor allen Dingen die Namen der Creditorum, so viel in der Eile möglich, aufzusuchen, und solche den Herren Commisfariis einzureichen hat, damit die zur Erwählung der Curatorum bonorum niedergesetzte Commission auf das förderfamste wieder angesetzt und gehalten werden könne.

Und soll der Gerichtsvogt dem Buchhalter die Einsicht der Bücher gestatten.

2) Und soll der Gerichts-Vogt dem Buchhalter, nach vorgezeigter Erlaubniß der Herren

Commissariorum, die Einsicht der Bücher nicht verweigern.

Erläuterung.

Der Inhalt der beyden vorstehenden, und der drey auf diese folgenden Artikel, betrift das erste Geschäft bey einer Fallit-Sache, die Erwählung der Curatoren. In dem 4ten Artikel findet sich der Auftrag an die Commissionsherren, die Commission zu jenem Behufe zu halten.

Die Partheyen, es mögen die Gläubiger seyn, die den Concurs bewirkt haben, oder der Schuldner selbst, müssen den Commissarien in dieser Sache entgegen kommen; sie um die Ansetzung der Commission ersuchen, und ihnen über die zu citirenden Gläubiger weitere Auskunft geben. Der Rathhaus-Schließer hat nach dem, bey den vorigen Artikel angezogenen Concluso vom 9ten November 1763, hierauf besonders Acht zu geben. Der Advocat bey der Concurs-Sache übernimmt, wie schon erwähnt ist, gewöhnlich jenes Geschäft, am Rathhause. Er erfährt leicht von einem Herrn des Raths, wer zur Commission ernannt worden, obgleich das Decret noch nicht publicirt ist; weil die Veranstaltung der beregten Commission nicht wohl Abschub leidet.

Obgleich die Fallit-Commission im Wesentlichen mit den sonstigen Vergleichs-Commissionen übereinstimmen; (S. oben S. 180.) so sind doch die Eigenheiten derselben so wichtig, daß ich mich weitläuftig damit beschäftigen muß. — Das Vorzutragende bezieht sich nicht allein

auf

auf die erste Commission, wovon im obenstehenden Artikel die Rede ist, sondern mit gehöriger Anwendung auf alle nachherigen Commissionen. Bey deren Erwähnung ich denn das hier Vorgetragene als bekannt voraussetzen werde.

Die erste Frage, die in Betrachtung kömmt, ist: welche Gläubiger zu den Commissionen citirt werden müssen? Außer den obenstehenden Artikeln, giebt ein Conclusum vom Jahre 1756. April 5. und der Additional-Artikel 9. mehrere Auskunft. Es ist daher hier der Ort sie herzusetzen.

Extractus Protocolli Senatus Hamb. die Foder- und Erscheinung aller Creditoren bey den Falliten-Commissionen betreffend. d. d. 5. Aprilis 1756.

Conclusum: daß da bisher die Creditoren von kleinen Summen, welche, vermöge der neuen Falliten-Ordnung, keine Stimme bey den Commissionen haben, zur Erspahrung der Kosten, mißbräuchlich zu demselben nicht mit gefodert werden, dem Actuario beym Fallitwesen zu injungiren, dahin zu sehen, damit sowol bey der ersten Commission, als allen nachherigen, in welchen etwas, so das gemeinschaftliche Interesse aller Creditoren betrift verhandelt wird, als z. E. bey Proponirung des Accords, alle und jede Creditoren, sie mögen kleine oder große Foderungen haben, vorgeladen werden. Des Endes hat derselbe sich von dem Rathhaus-Schließer die Liste der Personhen, welchen anzusagen ihm aufgetragen worden vorgängig geben zu lassen, solche mit dem von dem Debitore in Senatu angegebenen Verzeichnisse seiner Creditoren zu vergleichen, und die dem Rathhaus-Schließer nicht aufgegebene Namen ex officio zu suppliren; imgleichen hat er bey der ersten Commission von dem communi Debitore genau zu erkundigen, ob er einige Creditoren von wenigem Belang verschwiegen, und solcher Namen zu notiren, auch die ge-

wählten Curatoren zu erinnern, falls sie dergleichen in den Büchern des Falliten fänden, solche anzuzeigen, und demnächst zu veranstalten, daß solche verschwiegene oder nachgehends aufgefundene kleine Creditoren, damit sie Wissenschaft von der Sache bekommen, bey der nächsten Commission, als auch ferner bey den nachherigen Commissionen, die vorgedachtermaaßen das gemeinschaftliche Interesse aller Gläubiger betreffen, nachgefordert werden können, in welchem allen, falls es nöthig, ihm die jedesmaligen Wohlw. Herren Commissarien auf sein Anzeigen mit Nachdruck beförderlich seyn werden.

Mandaten-Sammlung. Th. 4. S. 2054.

Additional-Artikel 9.

Die geringste Summe derjenigen Creditorum, die ein Votum haben, wird hiemit fürs künftige auf 100 mg Courant gesetzt, und diejenigen, die unter 100 mg Courant zu fodern, und also gar keine Stimme haben, sollen, zur Ersparung unnöthiger Kosten, zu keiner andern, als zu derjenigen Commission, worin der Accord proponiret wird, gefordert, und in derselben ihre Namen und Forderungs-Summen, ob sie gleich nicht Stimmfähig sind, dennoch zu ihrer Wissenschaft verlesen werden; immaßen der Art. 4. lit. b. & c. der

Neuen

Neuen Falliten-Ordnung dahin resp. abgeändert und erläutert wird.

Dieser Art. 9. hat nicht allein die darin bemerkten Stellen des 4ten Artikels aufgehoben; sondern auch das vorstehende Conclusum in dem Abschnitte, wo die nicht geschehene Vorladung der Gläubiger unter 100 m̃ mißbräuchlich genannt wird, abgeändert. — Wir wissen nunmehr aus den vorstehenden Verordnungen, daß alle Gläubiger die über 100 m̃ Courant zu fordern haben, zu der Commission geladen werden müssen.

Die zweyte Frage ist: wie erfährt man die Namen der Gläubiger? — Das Mittel ist verschieden nach der Art, wie der Concurs erklärt wird. Ist es der Insolvente selbst, der Concurs erklärt, so muß er seiner Insolvenz-Supplik das Verzeichniß seiner Gläubiger beylegen. Es müssen hierin, sowohl die hiesigen, als die auswärtigen Gläubiger, und die Bevollmächtigten derselben, wenn der Schuldner diese kennt, angegeben seyn. Das, bey Art. 2. schon angezogene Conclusum vom Jahr 1763. legt ihm diese Pflicht auf.

Extractus Protocolli Senatus Hamb. d. 25. Aug. 1763.

Conclusum; daß in den Decretis, welche ad Supplicam derjenigen, die sich insolvent erklären, sub forma consueta abgegeben werden, künftighin allemahl hinzusetzen: "daß der Supplicant alle Creditores, seinem besten Wissen nach, und auf seinen zu leistenden Manifestations-Eyd, zum Behuf der Convocation, anzuzeigen schuldig seyn solle."

Die-

Diesem fügt der Additional-Artikel 6. folgendes hinzu:

Falls der Fallit bey Erklärung seiner Insolvenz von seinen, ihm wissenlichen Creditoribus einen oder mehrere verschweigen, und nicht alle zur behörigen Ansage zur ersten Commission angeben würde, so soll derselbe dafür zu einer besondern nachdrücklichen Strafe gezogen werden. Ferner soll bey der Wahl der Curatorum, zur Abwehrung der Collusionen, die Sammlung der Vollmachten vieler Creditorum künftig nicht gestattet, und keiner, der in der ersten Commission Erscheinenden, mehr als für Eine Person seine Stimme zu geben zugelassen werden; jedoch soll diese Verordnung sich nicht auf auswärtige Vollmachten erstrecken, auch jedermann befugt seyn, an seiner Stelle, wen er will zu schicken. Hiernächst aber soll ein jeder Curator zur Abstattung eines förmlichen Eydes bey Verlust seiner Forderung gehalten seyn, und in denselben, nebst andern in der Neuen Falliten-Ordnung vorgeschriebenen Pflichten, besonders auch dieses inseriret werden, daß er den Falliten in keinem Stücke mehr, als die Gesetze erlauben, begünstigen, am wenigsten weder selbst directe

oder

oder indirecte, es sey mit dem Falliten oder mit einem dritten, einige Neben-Accorde oder besondere Versprechungen eingehen, noch daß ein anderer Creditor seines Wissens solches thue, gestatten wolle. Und soll dieser Eyd, so wie der Eyd der Buchhalter, künftig in Commissione vor den Herren Commissariis abgestattet werden, jedoch bey jenem, der Anständigkeit halber, der Buchhalter nicht zugegen seyn *).

Bey diesen Umständen wird man ziemlich sicher die Gläubiger erfahren, wenn der Insolvente die Concurs-Erklärung selbst thut, oder er, wenn sie von den Gläubigern geschehen ist, sich in sein Schicksahl ergiebt. Sträubt er sich aber gegen die Concurs-Erklärung durch die Gläubiger, oder ist der Schuldner geflohen oder gestorben; so wird man schwerlich auf andere Art eine irgend vollständige Erfahrung von den Namen der Gläubiger einziehen können, als durch die Maaßregel welche der oben stehende 5te Artikel bestimmt. Die supplicirenden Gläubiger müssen nehmlich um eine Commission anhalten, worin sie den Commissionsherren einen Buchhalter vorstellen, dem, die Namen in den Büchern und Papieren des Insolventen nachzusehen, übertragen werden kann.

*) Dieser Artikel steht zwar nur dem ersten Theile nach, hier am rechten Orte. Aber er läßt sich nicht wohl zerschneiden. Ich werde weiterhin hierher verweisen.

kann. Wenn die Commissionsherren den Buchhalter zu diesem Geschäfte bevollmächtigt haben, so muß der Gerichts-Vogt, (der, weil der Universal-Arrest angelegt ist, die Bücher wie alle Güter des Insolventen unter Siegel und Beschluß hat,) diesem auf Vorzeigung seines Auftrags, die Bücher zur Einsicht geben. — Diese Maaßregel, kann man sagen, ist nur anwendbar, wenn der Schuldner wirklich Bücher geführt hat, oder wenn er nicht vorher seine Papiere an die Seite geschaft hat. Was thut man im entgegengesetzten Falle? Weil nicht mehr geschehen kann als möglich ist, so muß man sich beruhigen gethan zu haben wozu man im Stande war. Wenn daher keine Papiere über die vorhandenen Gläubiger Auskunft geben, so muß man sich durch andere Erkundigungen zu helffen suchen; worüber sich indeß keine bestimmte Vorschriften geben lassen. Im schlimmsten Falle versammeln sich die Gläubiger, welche den Concurs erregt haben, vor der Commission allein. — Der Buchhalter muß sobald sein Geschäft geendiget ist, den Commissarien Bericht abstatten; und die nun bekannten Gläubiger werden zu der jetzt anzusetzenden Wahl-Commission vorgeladen. Der Rathhaus-Schliesser besorgt die Citation der Gläubiger. Ihm weisen Conclusa vom Jahre 1756 April 5, und v. Jahre 1782 July 1. die näheren Pflichten darüber an. Das erstere Conclusum ist oben (Seite 201.) angeführt. Es betrift den Umstand, wie er sich eine genaue Erfahrung der Gläubiger zu verschaffen habe. Und hierin muß ihm der Actuar zu Hülfe kommen. Jener muß die, von den Beförderern der Commission ihm gegebene Liste der

Gläu-

Gläubiger dem Actuare vorzeigen, welcher dieselbe mit der vergleicht die ihm aus der Rathsstube gegeben wird; er ergänzt dann die Fehlenden. (Dies ist die Ursache warum der Supplicant das Verzeichniß der Gläubiger, seiner Supplik gedoppelt beylegen muß). Ueberdies muß der Actuar sich bey dem Schuldner, und bey den Curatoren erkundigen, ob noch außer den auf der Liste stehenden, Gläubiger zu citiren wären. Er hat, nach der Bestimmung des Concluſi hierbey die Unterstützung der Commissionsherren zu gewärtigen, wenn ihm Schwierigkeiten gemacht werden. Das zweyte Concluſum (vom 1sten July 1782) betrift die genaue Aufsuchung der zu citirenden. Der Citirbote muß die Wohnung der Gläubiger nachfragen, und sich, wenn einer die Wohnung geändert hätte, bey den Nachbahren erkundigen, wo derselbe hingezogen sey. Wofür in diesem Falle der Bote doppelten Lohn erhält. — Der Rathhaus-Schließer erhält für jede Citation 4 ßl., außer der Stadt, 8 ßl. Hiervon muß er aber dem Nieder-Gerichts-Boten, 1 und 2 ßl., wie er 4 oder 8 ßl. erhält, abgeben; jedoch erst wenn die Gebühren aus der Fallit-Masse wirklich eingehen.

S. den Schragen des N. G. Boten, vom Jahre 1783. n. 2. in der Sammlung Hamb. Verordn. Th. 2. S. 3.

Sporteln, die man dem Nieder-Gerichtsboten zugebilliget hat, weil er dadurch verlohr, daß die Fallit-Sachen außergerichtlich betrieben wurden. Das genannte Concluſum lautet folgendermaßen. (Es ist noch ungedruckt).

Extractus Prototolli Senatus Hamb. Lunae d. 1. Julii 1782.

Concluſum & commiſſum Domino Praetori dem Gerichtsboten aufzugeben, daß er künftig bey Herumtragung der Anſage-Zettel zu Fallit-Commiſſionen, wenn die zu citirenden Perſonen in ihren Wohnungen nicht mehr angetroffen werden, ſich allemal ſorgfältig entweder bey den Nachbaren oder ſonſt behufigen Orts erkundige, wohin die Perſonen verfahren, und ſo dann die Commiſſions-Zettel dahin bringe; wofür ihm jedoch in ſolchen Fällen auch doppelte Gebühren zu berechnen die Befugniß zu ertheilen; et detur Copia hujus Concluſi dem Fallit-Actuario ad notitiam.

Die Citation zu den Commiſſionen iſt nur monitoriſch (nicht zum kommen verpflichtend); der Ausbleibende hat von ſeinem Nichtkommen weiter keinen Nachtheil, als den, daß er ſeine Stimme nicht zu den Beſchlüſſen giebt; wenn er ſich übrigens als Gläubiger legitimirt hat, ſo bleibt ihm ſein Antheil an der Maſſe gewiß. Dagegen aber, iſt auch die Citation nicht eine Bedingung ohne welche niemand erſcheinen dürfte; ſondern wer Gläubiger oder Bevollmächtigter iſt, ohne daß ihm eine Citation zugekommen wäre, darf kommen. Dieſe Behauptung gilt nicht allein für den unbekannt geweſenen Gläubiger, ſondern auch für den geſetzlich nicht geladenen, den Gläubiger unter 100 Mk; dieſer kann allerdings der Commiſſion beywohnen, um ſeine Gerechtſahme zu beobachten (ſ. Art. 4. b.). Was die Legitimation der Bevollmächtigten angeht, ſo hat ein Concluſum vom Jahre 1775 Decemb. 1. hierüber zur Verhütung der ſo leichten Mißbräuche, beſtimmte Vorſchriften gegeben. (Es iſt bisher noch ungedruckt).

Extract. Protoc. Senat. Hamb. Veneris d. 1 Decemb. 1775.

Conclusum: daß in den Commissionen keiner zur Wahl der Curatorum bonorum für einen Abwesenden zum votiren zuzulassen, der nicht eine Vollmacht oder schriftliche Ordre wirklich vorzeigt.

Es ist hier nur der Bevollmächtigten zu der ersten Commission erwähnt, aber ersichtlich darf es den Vollmachten in den übrigen wichtigeren Commissionen noch weniger an Vollständigkeit fehlen. Auf der andern Seite darf aber dies Conclusum wieder nicht zu strenge genommen, und dahin verstanden werden, daß die Vollmachten in strenger Rechtsform alle Theile der aufgetragenen Gewalt enthalten müsten. Sondern sobald nur der Wille des Abwesenden deutlich gemacht ist, so wird der Bevollmächtigte zugelassen; daher gilt auch ein mandatum praelumptum (eine zu vermuthende Vollmacht). Wenn also jemand im Namen eines hiesigen Gläubigers erscheint, (denn des Conclusum spricht nicht von Auswärtigen allein, sondern durch den Ausdruck: Abwesende, von allen die nicht in eigener Persohn erscheinen,) und das Citirzettel mit bringt, dem pflegen keine Schwierigkeiten gemacht zu werden; wenn nicht besondere Ursachen dazu rathen sollten. Wer, ferner, Wechsel zur Eincassirung von einem Auswärtigen in Händen hat, der ist ohne Zweifel als gültiger Bevollmächtigter bey der Masse, dieser Forderung wegen, zu betrachten und er wird unbedenklich zugelassen.

Um das Stimmen-Recht der Gläubiger zu reguliren, muß jeder Gläubiger bey seinem ersten Erscheinen in den Commissionen, dem Actuare seinen Namen und seine

Forderung nach ihrer Grösse und ihrer Art, angeben; welche Angabe zu Protocoll genommen wird. Nach dieser eigenen Angabe des Gläubigers wird, wenn die Forderung ihn stimmfähig macht, ihm die Stimme gestattet. Weil die Art der Forderung angegeben werden muß, so würde nun freylich eine Forderuug nicht zulässig geachtet werden, die in sich selbst nicht zulässig wäre, so z. B. wenn eine Spielschuld angegeben würde. Aber freylich wenn diese verkleidet, also vielleicht als Wechselschuld aufgeführt wird, so kann hier nicht weiter nachgeforscht werden. Denn die Zeit erlaubt so wenig daß eine genaue Untersuchung der Rechtmäßigkeit, als der wahren Größe der Summe angestellt werde; eine solche Untersuchung muß in besonderen Commissionen geschehen. Alles bleibt also hier, der Aufrichtigkeit des Profitenten überlassen. Art. 21. §. 3. Da aber bey diesen Umständen die Gefahr groß ist, von Betrügern das Schicksahl der Masse beschließen zu lassen; so ist der falsarius im Artikel 37. schwer bedroht. Wer sich fälschlich als Gläubiger aufführt oder seine Forderung fälschlich hoch angiebt, soll zur Schadloshaltung der Masse so viel ersetzen als er falsch angegeben hat und seiner etwannigen rechtmäßigen Forderung verlustig seyn; überdies wird noch peinlich gegen ihn verfahren. — In dem Falle, daß ein Gläubiger nicht boshaft, aber irrthümlich sich als Gläubiger angäbe, oder irrthümlich seine Forderung grösser machte, will das Gesetz den Irrenden nicht zur Verantwortung gezogen haben. Und wenn man bedenkt, daß die Interessenten bey der Masse nicht furchtsahm gemacht werden müssen, so muß man billigen, daß

auch nicht von Schadenersatz gesprochen wird. Sonst würde besonders ein Gläubiger der mit dem Falliten der Forderung wegen im Processe begriffen war, sehr in Verlegenheit kommen, wie er sich zu benehmen habe. Allein, wenn es in dem Artikel weiter heißt, daß eine unrichtige Angabe die Berathschlagung nicht ungültig machen solle; so kann ich mich nicht erwehren diese Verfügung darin, daß sie nie einen Schadens-Ersatz zugiebt, hart zu finden; weil es doch möglich ist, daß durch das Uebergewicht des einen irrthümlichen Gläubigers eine Sache beschlossen wäre, die der anderen Gläubiger Nachtheil ausmachte. Darum möchte es wenigstens gerecht seyn, bey dem Irrthume die Grade der Nachläßigkeit zu beobachten, die das gemeine Recht culpa minima, media und maxima (geringe, mittlere und große Nachläßigkeit) nennt. Und besonders bey der ersteren Art der Nachläßigkeit, den Nachläßigen ersetzen lassen was er an Schaden angerichtet hat. Die Angabe um sich eine Stimme zu erwerben, ist ja nicht nothwendig, wenn der Profitent noch nicht gewiß über die Gerechtigkeit seiner Forderung ist; und da das Gesetz ihm gestattet hat den "Irrthum zu corrigiren," wenn die Summe niedriger als sie wirklich ist, angegeben worden, so hat der Profitent gar keine Ursache die äußerste Grösse zu nennen.

Der Satz indeß: daß Beschlüsse welche durch unrichtige Angaben hervorgebracht sind, nicht unkräftig seyn sollen; kann auch nicht durchaus so strenge genommen werden, daß er alle Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausschlösse. Besonders nicht in dem Falle, wenn

ein Falsarius zugegen gewesen ist, und zum Beschlusse mitgewirkt hat. Sondern der Satz muß sicher mit dem Unterschiede verstanden werden, wenn die vorhergehende Handlung keine Vernichtung leide, ohne die gröste Verwirrung zu verursachen. Wäre aber dies nicht der Fall, wäre hingegen der Schade aus dem Bestehen des Beschlusses grösser, als wenn man die Sache für ungethan erklärte; so wird ohne Zweifel einer Wiedereinsetzung statt gegeben werden können. Man kann allerdings kein Gesetz verlangen, das die Fälle nennte, wo der Richter die Handlung vernichten und wo er sie erhalten solle; sondern das meiste muß hier auf das richterliche Ermessen ankommen. Indeßen muß auch die Wiedereinsetzung nicht zu leicht gemacht werden, weil es in unserem Gesetze heißt daß die Beschlüsse erhalten werden sollen. Die Bedingung versteht sich dagegen von selbst, wenn sie ohne Nachtheil des Ganzen erhalten werden können.

Sobald das Protocoll der Angaben der Erschienenen fertig ist, müssen die Stimmen nach der Vorschrift festgesetzt werden, die der Artikel 4. enthält. — Die ersten Regeln betreffen die Forderungen welche nicht zum Stimmen fähig machen. Es heißt unter a) daß nicht die Renten, sondern nur die Capitalien, bey dem Stimmen gelten. Ich verstehe dies von den Zinsen die bey dem Capitale gefordert werden; nicht aber, wenn die Forderung allein rückständige Zinsen betrift. Denn in diesem Falle sind ja die Zinsen keine Nebensache; bey diesen kann vielmehr der Gläubiger ein eben so großes Interesse haben, als ein anderer bey dem Capitale das

er fordert. Ueberhaupt scheint dies Gesetz den sogenannten odium usurarum (das Zinsennehmen ist nach canonischem Rechte, eine verhaßte Sache,) zu verrathen; welcher Haß in Hamburg sonst nicht geheget wird, und das mit Recht, weil er ungerecht ist. Es ist doch kein hinlänglicher Grund den Zinsen die Fähigkeit das Stimmrecht zu ertheilen, abzusprechen, weil das Capital die Stimme schon giebt. Die Summe der Zinsen kann sich hoch genug belaufen, um es dem Gläubiger von Wichtigkeit seyn zu lassen eine Stimme mehr zu haben. Ferner wird b) den privilegiaris (s. Art. 22.) keine Stimme gestattet. Der Grund ist, weil diese keinen Nachtheil von dem Bankerotte leiden, sondern vor allen Gläubigern bezahlt werden, daher sie auch keine Ursache haben zur Lenkung des Concurses etwas beytragen zu dürfen. Dieser Grund fällt freylich weg, wenn nicht so viel in der Masse ist, als die Befriedigung der Privilegirten erfordert; dann aber ist ja auch nichts zu überlegen. Zwar kann man sich denken, daß durch die Schuld der Curatoren, die Masse so schlecht wird; daß die Privilegirten demnach durch Leute leiden, die sie nicht zu Curatoren erwählt haben. Dies aber ist kein standhafter Grund ihnen eine Stimme einzuräumen, weil das Gesetz hier anderweitig für sie gesorgt hat; indem es ihnen die Curatoren für Verschuldung verhaftet macht. Daß denen die ihr Eigenthum vindiciren die Stimme versagt wird; ist aus dem nehmlichen Grunde, wie der vorstehende, geschehen. Das Interesse der Vindicanten bey der Masse besteht nur darin, ihr Guth ohne Weitläuftigkeit zu erhalten. Darum aber ihnen

eine Stimme zur Wahl der Curatoren zu gestatten, ist wieder nicht erheblich; weil wegen unnützer Schwierigkeiten die Masse in Schaden und Kosten verurtheilt werden kann. Wie zum z. B. wenn der Vindicant einen Proceß hätte anfangen müssen um seine Rechte geltend zu machen, und die Einreden der Curatoren nicht erheblich befunden wären. — Bey dem gegenwärtigen Gesetze fragt es sich noch: ob dasselbe ausdehnend zu erklären ist? Es hat nehmlich, wer von dem Falliten Güter in Händen hat, und demnach das Retentions-Recht ausüben kann, eben so wenig Schaden zu befürchten als der Vindicante: kann jener eine Stimme verlangen? Ich bin überzeugt, er hat kein Recht darauf zu bestehen, wenn die Güter vollkommene Sicherheit gewähren. Gewähren sie hingegen diese nicht gewiß, so wird er auf so viele Stimmen bestehen können, als er die Summe seiner Gefahr schätzt. Folgender Fall mag hier die Erläuterung geben. Bey einer hiesigen Masse hatte ein hiesiges Handlungs-Haus mit dem nunmehrigen Falliten eine Unternehmung auf Syrup, auf halbe Rechnung gemacht. Das erwähnte Haus hatte das Geld hergeschossen und die Waare zu sich genommen, der Syrup sollte bis zu höherem Preise liegen bleiben. Wegen des Fallissements des Interessenten, mußte nun die dem Falliten zukommende Hälfte bald verkauft werden. Aber jetzt stand der Preiß niedriger wie eingekauft war. Das Handlungs-Haus mußte also einen Verlust auf seinen Vorschuß erwarten, und damit zur Masse gehen. Nach der Schätzung dieses Verlustes also, wurde ihm eine Stimme gestattet. Nachher ging der Preiß wieder

höher, es war kein Verlust bey dem Verkaufe, und so hatte das Haus weiter keine Stimme in den übrigen Commissionen. — Aus diesem Vortrage beantwortet sich eine Frage, die wieder den Vindicanten betrift: wenn die Vindication ungewiß ist, oder wenn es nicht gleich ausgemacht werden kann, ob die zu vindicirenden Güter noch wirklich vorhanden sind, um vindicirt werden zu können, (indem bey dem Falliten darüber keine Auskunft zu holen, oder seiner Angabe nicht zu trauen ist, wie dies nach Anleitung des Artikel 26. leicht gedacht werden kann); hat der vermuthliche Vindicant das Stimmrecht? Ohne Zweifel. Man kann keinem Interessenten bey der Masse verwehren sein Interesse geltend zu machen, weil er wahrscheinlich ohne Verlust bleiben werde; dieser Umstand muß gewiß seyn. Und es kann niemanden verdacht werden, sich das Schlimmste vorzustellen ehe er Beweiß vom Gegentheile hat. Darum läßt es sich auf keine Weise behaupten, daß, wer unter den gegebenen Umständen, eine Stimme fordert, auf sein Vindicationsrecht Verzicht geleistet habe. Ganz ein anderes ist es, wenn der sich angebende Vindicant als solcher nicht, sondern nur als Gläubiger, von der Masse anerkannt wird; obgleich es sicher ist, daß die Güter die zu vindiciren behauptet werden, oder deren Werth, vorhanden sind. Man denke den Fall des Artikels 26. vom del credere, wenn die Partheyen hierüber uneins wären. Wenn der Profitent sein behauptetes Vindications-Recht, allenfalls durch den Weg rechtens geltend zu machen denkt; so muß er sich wohl hüten, sich zum stimmen zu melden, denn dadurch gesteht er ja zu

als Gläubiger angesehen werden zu wollen, vergiebt also seiner Sache etwas. Die Masse wird ihm bey diesen Umständen gerne die Stimme einräumen.

Ich habe bey der vorliegenden Materie, noch den oben schon berührten Fall anzuführen, daß einer, der mit dem Falliten beym Ausbruche des Concurses in einem Processe begriffen gewesen ist, sich während der Rechtshängigkeit zum mitstimmenden Gläubiger melden könne, und nicht ausgeschlossen werden dürfe. Wer, um eine Forderung geltend zu machen einen Proceß anfängt, kann nicht anders als in gutem Glauben seyn, seine Forderung zu gewinnen. Und ein solcher kann nicht weniger Recht haben, als jeder der im Irrthume sich meldet. Auch kann er, wenn er nachher seinen Proceß mit den Kosten verlöhre, nicht als falsarius behandelt werden. Wenigstens dürfte dies nur dann geschehen, wenn der Kläger seine Klage auf ein Falsum gestützt hätte, und z. B. aus einer verdeckten Spielschuld klagte. Sonst wird ja auch darum ein Kläger in die Kosten verurtheilt, weil er über seine Befugnisse nicht gehörig nachgedacht hat, und, wenn er seine Klage nicht rechtsbeständig beweisen kann. Wenn hier der Irrthum auch nicht immer zu den ganz verzeylichen gehört, so hat ja doch das Gesetz einmal nicht festgesetzt, daß wegen eines unverzeylichen Irrthums der Profitente bey der Masse verantwortlich wäre.

Ferner hat derjenige keine Stimme, dessen Forderung unter 100 ℳ ist. Im 4ten Artikel heißt es ℳ Banco; aber der 9te Additional-Artikel (s. denselben nach seinem Inhalte oben), hat dies in ℳ Courant verändert.

ändert. Die Ursache dieser Umänderung ist sehr deutlich diese, weil die geringen Forderungen gewöhnlich nur die Schulden des Hausstandes sind, welche in Courantgelde contrahirt werden. Diese nun, ob sie wirklich 100 ℳ Bco. ausmachten, nach dem Geld-Course auszurechnen, würde mehr Weitläuftigkeit machen, als der ganze Unterschied werth seyn könnte. Daher war es unstreitig besser die Münzsorte, die bey den kleinen Forderungen am häufigsten vorkam, und nicht die seltenere anzunehmen. Das Banco-Agio kann indeß auch jetzt noch in Berechnung kommen; denn wer jetzt unter 100 ℳ Bco. zu fordern hat, wird eine Stimme verlangen, wenn seine Forderung in Courant gerechnet über 100 ℳ beträgt. — Eine andere Betrachtung findet dagegen die Summe von 100 ℳ sehr geringe, um das Recht zur Stimme zu geben. Denn daß, nach der weiteren Vorschrift des 4ten Artikels, wer eine neun und zwanzig mal grössere Forderung hat, keines Vorzuges in Ansehung der Stimme geniesst; ist eine grosse Begünstigung des kleinern Gläubigers. Indem nun das Schicksahl des grösseren Gläubigers von der Leitung des kleinen abhängig gemacht wird. Eine Sache die immer gefährlich ist. Denn sagt man zur Vertheidigung des andern Satzes, daß der Verlust einer kleinen Summe, dem Manne den er trift, eben so drückend seyn kann, als dem Reichen die grössere Summe; so antworte ich, daß die Armen vielleicht bestechbar seyn können den Betrug eines Interessenten der Masse, zum Nachtheile der andern Gläubiger mit spielen zu helffen. Ueberhaupt kann nicht jener von dem schmerzhaften Ver-

luste des armeren Mannes hergenommene Grund, über den vorigen gewinnen; weil dieser vorige allgemein und ohne Rücksicht wahr, jener letzte zufällig ist; ein Gesetz aber auch nicht eine Geburt der Empfindsamkeit seyn muß. Indeßen wenn man nicht abläßt eine Ungerechtigkeit darin zu suchen, wenn die kleinen Forderungen, (denen jetzt Stimmrecht ertheilt ist,) vom Stimmen ganz ausgeschlossen würden; so ließe sich vielleicht ein Ausweg treffen, um doch zum Zwecke zu kommen; man könnte mehrere kleine Forderungen zusammenfassen, und die Stimme davon einem Unpartheyischen, vielleicht dem Commissionsherrn übertragen.

Man pflegt bey der gegenwärtigen Materie noch die Frage aufzuwerffen: wenn nun alle Forderungen bey einer Masse, oder doch mit Ausschluß sehr weniger, unter 100 ℳ wären; wie sollten denn überall die Berathschlagungen gehalten werden? oder dürften auch die wenigen grösseren Forderungen alles entscheiden? Der befragte Fall gehört zu den seltenen bey einer Masse von wenigstens 4000 ℳ Schuld, keinesweges aber zu den Unmöglichkeiten. Wir haben im Jahre 1794 einen Fall gehabt, der der Sache sehr nahe kam. Bey der Masse defuncti P... war die Sonderbarkeit, daß die Wittwe mit ihrem Eingebrachten so sehr die Schuldsumme hervorbrachte, daß die übrigen Gläubiger nur fast zum Scheine aufgeführt schienen. Diese bekümmerten sich denn auch wenig um die Leitung der Masse. — Käme wirklich der Fall vor, daß alle Gläubiger, unter 100 ℳ zu fordern hätten, so würde wohl allen gleiches Stimmrecht verstattet werden müssen. Schwieriger würde der

Fall

Fall seyn, wo einer oder zwey Gläubiger der Grösse ihrer Forderung wegen, die übrigen vom Stimmen ausschlössen. Es würde unbillig seyn, wenn diese sich die Leitung des Concurses allein anmaßen wollten. Aber ohne gütliche Vereinbahrung ließe sich hier wohl keine Auskunft treffen.

Wenn es, wie schon oben vorgekommen ist, in dem Rede stehenden Artikel (unter b.) heißt: daß die Gläubiger unter 100 ℳ in den Commissionen erscheinen können, ihre Gerechtsahme zu beobachten; so ist dies Recht zwar darum nicht abgeschaft, weil sie, nach der neueren Anordnung, nicht citirt werden sollen; aber es dringt sich hier eine andere Betrachtung auf. Nehmlich: giebt es wirklich Gerechtsahme welche die kleinen Gläubiger in den Commissionen zu beobachten haben, oder nicht? Ist ersteres, so wird ihnen die Ausübung ihrer Rechte erschwert, daß sie zu den Commissionen nicht gefordert werden; denn woher sollen sie es wissen, daß die Commissionen gehalten werden. Wenn man sich vorstellt, daß den Gläubigern geringer Summen, die Rechtfertigung ihrer Forderungen zur gehörigen Zeit angesagt wird, und daß sie ihren Antheil an der Masse nicht weniger wie jeder anderer Gläubiger erhalten; so ist so viel gewiß, daß ihnen keine Klage übrig bleibt zurückgesetzt worden zu seyn. Bedenkt man aber, daß ein jeder Interessente, auf die strenge Beobachtung der Falliten-Ordnung zu wachen Ursache habe, um einen Nachtheil zu verhüten der die Masse minderte, also auch die einzelnen Antheile kleiner machte; und daß ein jeder sich beklagen dürfe, wenn die Verwalter der Masse sich über

die

die Gesetze hinaussetzen. So sind hier die Gerechtsahme der kleinen Gläubiger nach denen gefragt wird, vorhanden; und wenn ohne weiteres Absehen, von der Gerechtigkeit die Rede ist, so ist das Gesetz nicht zu billigen, das ihre Citation verbietet; und die Ersparung der Kosten ist auch kein hinlänglicher Grund dazu. — Hat indeßen die Erfahrung vielleicht gelehrt, daß durch weitläuftige Einladungen zu den Commissionen, Leuten, die die Gesetze nicht genug kennen, oder die heilsamen Verfügungen in den Commissions-Versammlungen verkennen, mehr Gelegenheit gegeben wird durch ihr Ungestüm gute Beschlüsse zu hintertreiben, oder deren Ausführung zu erschweren; so ist freylich das angegebene Gesetz, als ein Noth-Gesetz zu billigen. Beruhigen können wir uns allemal dabey, weil wir überzeugt sind, daß die Sorgfalt der Commissarien allen Unregelmäßigkeiten wehren wird. — Wie, fragt sich hier hauptsächlich, machen die Gläubiger die zur Beobachtung ihrer Gerechtsahme, in die Commissionen gekommen sind, die Gerechtsahme geltend? Sie müssen die Beschwerden vortragen nnd die Hülfe der Commissarien auffordern; läßt sich dann die Sache nicht ändern oder beylegen, so haben sie die Instanz des Senats, vor den sie ihre Sache supplicantisch bringen können. Und wenn die Ausführung eines Beschlusses nicht dadurch hat verhindert werden können, so ist der Widersprechenden Berufung auf ihre Rechte hinlänglicher Protest, um sich die Masse für Schaden und Kosten verantwortlich zu machen, wenn die Widersprechenden ihre Sache gewinnen würden.

Daß

Daß die Befugniß, Gerechtsahme in den Commissionen geltend zu machen, nicht allein auf die kleinen Gläubiger, sondern auch auf die Vindicanten gehe, ergiebt die Natur der Sache, wie aus dem schon oben vorgekommenen, eines mehreren erhellet; übrigens ist dies auch aus dem Zusammenhange der Rede stehenden Anordnung, und aus dem Register der Falliten-Ordnung ersichtlich, wo es heißt: Creditores wie ihre Stimmen zu rechnen: die unter 100 ℳ, die Privilegiati und die Vindicanten, haben keine Stimme. Können aber in den Commissionen erscheinen. Art. 4.

Es ist ein in der Natur der Sache begründeter und von dem gemeinen Rechte anerkannter Satz, daß die Stimmen der Gläubiger nicht nach den Köpfen, sondern nach der Grösse der Forderungen berechnet werden müssen. Um nach dieser unbedingten Bestimmung das Resultat zu bekommen, kann man nicht anders als durch Zusammenrechnung der Summen, welche, die für das eine und für das andere stimmenden Gläubiger zu fordern haben, verfahren. Welche Meynung dann die grössere Summe für sich hat, ist beschlossen. — Die hamburgischen Gesetzgeber haben zwar den Grundsatz gelten lassen, daß nach den Summen gerechnet werden müsse; aber sie haben die Berechnung geändert, und für bestimmte Summen festgesetzte Stimmen angeordnet. Hierdurch ist demnach dem persöhnlichen Verhältnisse auch etwas nachgegeben; welches, da oft nicht die Grösse der Summe, sondern die Umstände des Glaubigers, den Verlust schmerzhaft machen, unstreitig Billigung verdient. Und die Anord-

nung

nung: daß keiner mehr als 5 Stimmen haben solle, damit nicht einer allein sich ganz zum Meister der Berathschlagung mache, hat den weisesten Grund der nur einem Gesetze unterliegen kann. Denn wie groß auch das Interesse des einen an der Masse seyn mag, darum dürfen die andern nicht der Gefahr ausgesetzt werden, ihr Schicksahl ganz aus den Händen eines einzigen empfangen zu müssen. Dem Gewichte muß hier ein Gegengewicht gelegt werden. Man denke nur daß der Gläubiger einer großen Summe hypothecarischer Gläubiger wäre, und nun durch sein weitausgedehntes Stimmrecht sich im Stande befände den Accord nicht statt finden zu lassen, sondern die Sache zum förmlichen Concurse zu bringen; welche traurige Aussicht würden dann nicht die übrigen Gläubiger haben. — Ueber die Festsetzung der Stimmen selbst habe ich weiter keine Anmerkungen zu machen; die Sache versteht sich ohne Erläuterung. Aber über die Art wie nach Anleitung des Gesetzes die Berechnung der Stimmen angestellt werden muß, entsteht noch eine Bedenklichkeit. Man kann hier fragen: wer mehrere Posten zu fordern hat, wird der in verschiedenen Verhältnissen zum stimmen gelassen? das Gesetz sagt: daß die Art der Forderung angegeben werden solle. Dies ist nun sowohl die causa debendi, (der Grund der Forderung), um über die Rechtmäßigkeit urtheilen zu können, — als die Classe derselben, ob sie eine hypothecarische oder chirographarische ist. Allein es findet sich bey dem Stimmrechte kein Unterschied, der sich nach Classen der Forderungen richtete; daher kann der Gläubiger hierbey nicht in mehreren Personen auftreten.

treten. Die Angabe also zu welcher Classe seine Forderung gehöre, dient nur bey der künftigen Vertheilung der Masse. Jetzt werden seine Forderungen insgesammt zusammen gerechnet, und weil, wenn er in verschiedenen Verhältnissen zweymal 21000 m& zu fordern hätte, er immer nur Gläubiger einer Summe von über 21000 m& bleibt, so stehen ihm auch durchaus nicht mehr wie fünf Stimmen zu.

Bey der Bestimmtheit des Gesetzes über die Berechnung der Stimmen, reguliren sich diese, nach den Angaben der Gläubiger von selbst; und es ist nicht leicht denkbar, daß in der Commission Uneinigkeit entstehen könnte, oder ein Gläubiger sich mehr Stimmen anmaßen werde, als die allgemeine Meynung ihm zuerkennte. Sollte sich indeßen ein zweifelhafter Fall hier ereignen, oder sollte ein Gläubiger anmaßend genug seyn mehr zu verlangen als was das deutliche Gesetz ihm zugesteht; dann gehört es zur Auctorität der Commissarien, sowohl den ungerechten Gläubiger zur Ruhe zu verweisen, als auch in dem ersteren Falle den Ausspruch zu thun. Dies Entscheidungsrecht, ist ihnen unbedenklich zugelassen, weil die Sache zur Aufrechthaltung der Commission gehört, und es gar nicht thunlich ist, die Geschäfte des Concurses darnach aufzuhalten bis solche Streitigkeiten durch Urtheil und Recht entschieden wären. Freylich wird es dem Gläubiger freystehen, wider einen solchen Ausspruch zu suppliciren; allein er wird dadurch den Gang des Concurses weder aufhalten können, noch vor ausgemachter Sache zu Rath, mehr Stimmen in den ferneren Commissionen der Fallit-Sache, erlangen.

Unser gegenwärtiger Artikel bleibt bey dem Rechte der einzelnen Stimmen stehen, und sagt nur in Beziehung auf die Wahl der Curatoren, nicht im allgemeinen, wie durch die Vereinigung der Stimmen der Beschluß zu Stande kömmt. Das allgemeine bestimmen einige §. §. des 21sten Artikels. Ich werde diese, um die Erläuterung der Commissions-Beschlüsse vollständig zu machen, hier voraus-nehmen. Auf die Frage: wie viel Stimmen sind erforderlich einen Beschluß hervorzubringen? antwortet der §. 2. des beregten Artikels:

> Was der gröste Theil der Gläubiger, zum Nutzen der Massae beschließt soll gelten.

Von diesem Satze, daß die Mehrheit der Stimmen den Beschluß hervorbringe, sind indeßen drey Ausnahmen gemacht; im Art. 37, im Additional-Art. 3, und im Art. 50. Der erste dieser Artikel handelt, von der Wiederübergebung der Masse an den Falliten, wozu der $\frac{3}{4}$ Theil der Gläubiger stimmen muß. Der zweyte handelt, von der Uebernehmung der Masse von einem dritten; wozu gleichfalls $\frac{3}{4}$ der Stimmen erfordert werden. Der Art. 50. handelt von der Beliebung des Accordes, bey schlechten Umständen der Masse, wozu wieder $\frac{3}{4}$ der Gläubiger stimmen müssen.

Auf die zweyte hierher gehörige Frage: werden nur die in der Commission Anwesenden, als stimmende gezählt, und wie wird es mit den Abwesenden gehalten? findet sich die Antwort in dem §. 5. des gedachten 21sten Artikels:

"Damit übrigens die Berathschlagungen durch
"das Ausbleiben der Creditorum nicht gehindert,
"oder gar fruchtlos gemacht werden, so soll nicht
"nur die Verwarnung, daß der Ausbleibende sich
"alles das, was in seiner Abwesenheit beliebet
"werden würde, gefallen lassen müsse, in den An-
"sage-Zettel jedesmal gesetzt; sondern auch in der
"That das, was von den Anwesenden solcherge-
"stalt geschlossen ist, eben so bündig geachtet wer-
"den, als wenn es von den Abwesenden mit ge-
"nehmiget wäre; und wenn auch nur ein einziger
"Creditor, ja gar Curatores bonorum allein,
"in Commissione gegenwärtig gewesen."

Wenn es hier heißt: daß die Einwilligung der Ausbleibenden nicht allein angedroht, sondern daß es damit ein Ernst seyn solle; so muß man daraus keine Folgerungen machen, als wenn es Gesetze bey uns gäbe, die nur der Form nach da wären. Es ist der §. nur mit einer sonderbaren Inversion abgefaßt, um festzusetzen, daß die Warnung vor den Folgen des Ausbleibens, in dem Citir-Zettel enthalten seyn solle; wie dies denn auch beobachtet wird. (Die Zettel sind nach einer dem erwähnten §. gemäßen Formel gedruckt.) Sonst aber bringt nicht ausschließlich die Warnung im Citir-Zettel das Präjudiz mit sich, sondern das Gesetz führt es herbey; und man kann nicht behaupten, daß die genannte Folge des Ausbleibens nicht einträte, wenn zufällig einem Gläubiger eine Citation zugekommen wäre, die die Warnung nicht enthielte.

Aus dem Inhalte des angegebenen §. und aus den übrigen Gesetzstellen die sich auf die stillschweigende Einwilligung der Ausbleibenden beziehen, ist indeßen nur der Satz zu erweisen: daß die Zufriedenheit der Ausbleibenden mit dem was durch Stimmenmehrheit beschlossen ist, angenommen werden soll; nicht, als würden sie wie Einwilligende in das was vorgeschlagen worden, betrachtet. Keinesweges kann demnach eine Stimmenmehrheit durch sie herausgebracht, und zum Beyspiele, bey der Accords-Proposition, in dem Falle da eine Stimmengleichheit wäre, geschlossen werden: die Ausgebliebenen treten dem Accorde bey, also hat er statt. Obgleich hier die Zustimmung der Ausgebliebenen zu dem Accorde, sehr wohl zu vermuthen wäre. — Die Gerechtigkeit der Verfügung gegen die Ausbleibenden, läßt sich im allgemeinen wohl auf keine Weise läugnen. Denn weil die Gläubiger nicht gezwungen werden in der Commission zu erscheinen, so würde es ja eine Verfügung seyn den Concurs nie zu beendigen, wenn man die angesetzten Commissionen nicht anders gehalten wissen wollte, als wenn alle Gläubiger versammelt wären. Allein in einzelnen wichtigen Fällen findet man es hart, daß ungeachtet des Nichterscheinens vieler Gläubiger etwas beschlossen wird, zumal wenn nur ein einziger Gläubiger, ja gar Curatores bonorum allein zugegen gewesen sind; wie es im Gesetze heißt. Man dürfte vielleicht eher annehmen, daß dann der Wille der Gläubiger wäre, den Beschluß auf eine andere Zeit hinauszusetzen. Da man sieht daß die Gesetzgeber geurtheilet haben, wie es der Natur der Sache gemäßer wäre das

Con-

Concurs-Verfahren in die Hände der Gläubiger selbst zu geben, als das Interesse derselben durch richterliche Personen besorgen zu lassen; so darf man behaupten, die Gesetzgeber hätten noch wohl weiter gehen, und eine Anordnung machen können, in welcher Zahl die Gläubiger versammlet seyn müßten, um mit Erfolge berathschlagen zu dürfen; dies würde eine noch Beyfalls würdigere Einrichtung seyn. Nur müßte freylich auch der Nachgiebigkeit ein Ziel gesetzt werden, damit sie nicht gemißbraucht, und, wegen zu häufiger Nachläßigkeit der Gläubiger in der angesagten Commission zu erscheinen, die Concurssache lange, zur Kränkung der einzelnen erschienenen Gläubiger, aufgehalten würde. Es müßte dann wenn zum zweyten, höchstens zum drittenmale niemand erschienen wäre, schon mit wenigen Stimmen beschlossen werden können. Zumal da es das Ansehen der Commissarien nicht leidet, die Haltung ihrer angesetzten Commissionen so ganz dem guten Willen der Gläubiger hingegeben zu sehen; wie nicht weniger die beschränkte Zeit derselben nicht erlaubt, unnütz lange Aufmerksamkeit auf eine Concurssache zu wenden, und Zeit zu einer Commission offen gelassen zu haben die nachher nicht benutzt wird. Wie es jetzt ist, indeß, wird die Gefahr, einen wichtigen Beschluß genommen zu sehen, zu dem wenige Gläubiger gestimmt haben, dadurch gemindert, daß der Commissionsherr den Ausweg hat die Commission beyzubehalten *), wenn die Sache bedenklich ist.

*) Man nennt eine Commission beybehalten, wenn der Commissionsherr die Sache in der gegenwärtigen Com-

Noch ist zur Sicherung der Gerechtsahme der Gläubiger festgesetzt, daß die wenigeren anders Stimmenden und die abwesenden Gläubiger, sich keinen Beschluß gefallen zu lassen nöthig hätten, als der den Nutzen der Masse bezweckte. (§. 2. Art. 21.) Im weitesten Umfange diese Anordnung genommen, würde zu vielen Uneinigkeiten Anlaß geben, und sogar ein Theilungs-Recht (Itio in partes) der Gläubiger, begründen. Denn die mit dem Beschlusse unzufriedene Parthey, dürfte nur den Beschluß für schädlich erklären so wäre er nichtig, oder könnte wenigstens erst nach rechtlicher Erörterung und Entscheidung in Ausführung gebracht werden. Welches aber dem Zwecke der Falliten-Ordnung, in Ansehung des schnellen Ganges der Concurs-Sache sowohl widerspricht, als es die Rechte der Stimmenmehrheit zu einem Undinge machen würde. Keinesweges kann also das, ein, dem Nutzen der Masse zuwiderlaufender Beschluß genannt werden, und kann den Widerspruch der Minderheit rechtfertigen, was die Gesetze dem Willen der Gläubiger überlassen haben. Sondern nur ein solcher Beschluß kann als ein schädlicher behandelt werden, der gegen die Vorschrift der Fallit-Gesetze eine Anordnung enthält. So zum Beyspiele, wenn die Mehrheit der Gläubiger einem Auswärtigen der dem Falliten Waaren in Commission gesandt hätte, welche nun verkauft wären, die Eincassirung der Gelder dafür gestatten wollte, obgleich der Fallite

del

Commission nicht zum endlichen Beschlusse kommen lassen will; sondern zur weiteren Berathschlagung eine zweyte Commission, erkennt.

del Credere gestanden wäre; vielleicht weil die Mehrheit dies für gerechter hielte als was der Artikel 26. bestimmt. Hier hätte die Minderheit ein begründetes Recht zu widersprechen. Hingegen, wenn durch die Mehrheit beschlossen würde, bey einem vorkommenden, wirklich streitigen Falle sich lieber mit dem Fordernden zu vergleichen als es auf einen Proceß ankommen zu lassen. So hat die Minderheit das Recht des Widerspruches nicht.

Ist nun das Widerspruchs-Recht wirklich bey einem abgegeben Beschlusse vorhanden, so hat es weiter keine Schwierigkeiten dasselbe geltend zu machen. Die widersprechende Minderheit kann zuerst durch eine Berufung auf ihr Recht, versuchen, die Ausführung des widerrechtlichen Beschlusses abzuhalten. Gewährt die Protestation nicht den gewünschten Erfolg, so dürfen die Widersprechenden nur zu Rath um ein Untersagungs-Decret an die Curatoren suppliciren; denn ob ein Befehl der Commissarien hier hinlänglich wäre, möchte bedenklich seyn. Jedesmal aber werden die Ausführer eines schädlichen Beschlusses, wenn sie schneller zu Werke gegangen wären, als das beregte Decret gekommen wäre, den Widersprechenden für den Schaden verhaftet seyn. Welches besonders statt hat, wenn es die, bey der Commission nicht zugegen gewesenen Gläubiger sind, die sich auf das wider den Nutzen der Masse beschlossene, beruffen, und nicht früh genug Gegenmittel gebrauchen konnten, weil sie die Sache zu spät erfuhren.

Bey der vorliegenden Materie entsteht sehr leicht die Frage: ob durchaus, von allen Gläubigern, nicht

eine Sache die wider die Gesetze läuft, beschlossen werden könne? Ohne Zweifel wird jeder der die Absicht der Fallit-Gesetze in den rechten Gesichtspunkt nimmt, (in den, daß den Gläubigern die Masse zu ihrer bestmöchlichen Befriedigung übergeben wird), die obige Frage nicht verneinen. Was sollte die Obrigkeit dawider haben können, wenn die Gläubiger sich z. B. erklärten, in dem gegenwärtigen Concurse den Unterschied zwischen hypothecarischen und chirographarischen Gläubigern nicht gelten lassen zu wollen. Die Rechte sind nicht geschrieben um dem, dessen besonderer Vortheil durch sie bewirkt wird, den Vortheil aufzudringen; wer sich desselben begeben will, hat dazu freye Macht. Daß die Bedingung der Zufriedenheit aller, bey einem solchen Beschlusse, unerläßlich ist, giebt die Natur der Sache; allein diese Bedingung ist auch natürlich nur auf die zu ziehen, welchen der Vortheil entgeht. So würde es widersinnig seyn auf den zu hören, der den eben Beyspielsweise angeführten Beschluß nicht gelten lassen wollte, obgleich er ersichtlich Vortheil davon hätte, indem der Widersprechende chirographarischer Gläubiger wäre.

Zu dem Wesen eines Beschlusses gehört ferner, heißt es im §. 2. des hier behandelten Artikels, daß die Gläubiger ihn schriftlich verfassen lassen. Worauf hier Absicht genommen wird, ist das Protocoll, ohne welches keine Commission gehalten werden kann und nun auch kein Beschluß Vollständigkeit erhalten soll. Es ist dies gewiß ein sehr lobenswerthes Gesetz, weil Mißbräuche nicht besser verhütet werden können als

wenn

wenn der Sache eine gehörige Form angewiesen ist. Und weil, ein mit Beweiß-Kraft versehenes Document, sowohl darüber, daß etwas beschlossen worden, als genau wie es beschlossen worden, bey einer Sache wo viele Theilnehmer sind, ein nicht zu verkennendes nothwendiges Bedürfniß ist. Der Beschluß soll von den Curatoren ohne Einrede zur Execution gebracht werden. Hiermit sind die Curatoren für die Ausführung verantwortlich gemacht, aber auch von allem Vorwurfe frey, wenn der Beschluß übele Folgen hat. Ich werde weiter unten Gelegenheit nehmen mehr über diese Sache zu sagen.

Dies wären die allgemeinen Grundsätze von dem Beschließungs-Rechte der Gläubiger. Ich wende mich jetzt zu dem, im Art. 4. enthaltenen besonderen Falle, der Wahl der Curatoren.

Wenn die Gläubiger zur Wahl-Commission versammlet, und ihre Stimmen regulirt sind; so zeigt der Commissionsherr den Gläubigern an, daß die Wahl der Curatoren vorzunehmen sey, und überlegt mit ihnen wie viele Curatoren die Beschaffenheit der Masse verlangen möchte. Hierüber pflegt man sich ohne Weitläuftigkeit bald einig zu werden; sollte indeßen über die Anzahl der Curatoren Uneinigkeit entstehen, so muß die Sache freylich zum stimmen vorgelegt werden. Zwey Curatoren müssen wenigstens erwählt werden, wie viel mehr ernannt werden sollen, ist den Gläubigern überlassen; nach Anordnung sowohl des vorstehenden als des 6ten Artikels. Es werden selten mehr wie drey ernannt. Der Actuar ruft die Gläubiger, wie sie in seinem Pro-

tocolle verzeichnet stehen, auf, diejenigen zu nennen, denen sie ihre Stimme zur Curatel geben wollen. Die Gläubiger haben sich gewöhnlich schon vorher über die zu Erwählenden besprochen; daher ergiebt sich die Stimmenmehrheit sehr bald. Wenn aber der Fall wäre, daß sich die Stimmenzahl gleich fände, oder daß einige Stimmende nicht die Eigenschaften, an dem durch Mehrheit Erwählten erkennen wollten, die das Gesetz fordert; so tritt das Amt der Commissarien ein, den Curator zu benennen; welches Recht zu concludiren, um die Wahl nicht einer weitläuftigen Verhandlung zu unterwerffen, im obenstehenden Artikel verordnet ist: wenn Creditores sich nicht vereinigen möchten. Aus dem nehmlichen Grunde kann die Ernennung zu Curatoren von den Commissarien allein geschehen, wenn die Gläubiger zu der Wahl-Commission nicht erschienen sind. — Aus dem Gesetze ist nicht bestimmt zu ersehen, was bey dem Umstande geschehen soll, wenn nur ein Gläubiger in der Commission erscheint? Man steht mit Rechte an, die Wahl der Curatoren ihm allein zuzuerkennen. Und ich glaube auch in der That nicht, daß der eine sich dies wird anmaßen können; die Curatoren-Wahl soll das Resultat der Berathschlagung, also mehrerer, seyn; und das Benennungs-Recht ist allein den Commissarien gestattet. Also würden diese auf den Wunsch des einen wohl eine billige Rücksicht zu nehmen haben, aber nicht seinem Willen geradezu Raum geben müssen. — Die Curatores sind nicht eher gültig zu ihrem Amte bestellt, bis der Senat sie confirmirt hat, sie mögen nun von den Gläubigern erwählt, oder von

den

den Commissarien ernannt seyn. Die Confirmation wird dadurch bewirkt, daß die Commissarien Relation über die geschehene Wahl abstatten. Eine Supplik abseiten der Gläubiger hierzu, ist nicht nöthig. Es wird die Confirmation durch ein Decret abgegeben, welches folgendermaßen lautet.

Auf abgestattete Relation der zur Berichtigung N. N. Creditwesens verordneten Herren Commissariorum, decretirt E. E. Rath: daß N. und N. als Curatores bonorum hiermit zu confirmiren.

Decretum in Senatu Hamburgensi.
Lunae d...

Der Senat hat es sich zum Gesetze gemacht, die Confirmation am nächsten Rathstage, nach geschehener Wahl, vorzunehmen. Anfangs geschahe die Confirmation, zu mehrerer Beförderung der Sachen, wohl an demselben Tage der Erwählung; allein es fand sich, daß dann zuweilen die Confirmation unnütz abgegeben war, weil die erwählten Curatores, die Curatel ablehnten. Daher ist in einem Concluso vom 2ten December 1776, die so schnelle Confirmation zwar abgestellt, aber auf den nächsten Rathstag, als gewiß, abermals festgesetzt; und diese zum besten der Masse getroffene Maaßregel, wird fortwährend beobachtet. Das Conclusum wird seinem ganzen Inhalte nach gleich unten, bey den Artikeln 6. 7. hergesetzt werden.

Bey der gegenwärtigen Materie ergeben sich zwey Fragen: 1) aus welcher Ursache muß die Confirmation geschehen? 2) kann die Confirmation verweigert werden, und aus welchen Ursachen? Die Confirmation wird erfordert um dem Amte der Curatoren die nöthige Auctorität zu geben; weil sie Geschäfte auf sich haben welche sie nicht anders als aus obrigkeitlicher Vollmacht vornehmen können. Zwar hätte, um die Sache kürzer zu machen, die Bevollmächtigung auch den Commissarien aufgetragen werden, und einem Extracte des Fallit-Protocolls die genannte Wirkung beygelegt werden können. Allein weil die Bestellung der Curatoren eine wichtige Sache ist, so ist es eine billige Vorsicht, daß die Untersuchung: ob die erwählten Personen alle Fähigkeiten zu ihrem Geschäfte besitzen, — durch den Senat selbst geschehe. — Hiermit wird denn auch die zweyte Frage beantwortet, daß allerdings der Senat die Confirmation verweigern kann, wenn derselbe findet, daß es den Erwählten an den gesetzlichen Eigenschaften, die zur Curatel erfordert werden, fehlet. Es ist der Artikel 8. der diese Eigenschaften angiebt; und weil die Untersuchung derselben mit dem jetzt Vorgetragenen nahe verwandt ist, so werde ich der Erläuterung dieses Artikels vor der Erläuterung der zunächst folgenden Artikeln 6. u. 7. welche von der Ablehnung der übertragenen Curatel handeln, den Platz geben.

Art. 6.

Die zu Curatoribus Erwählte können, ohne daß sie sich ihrer Action begeben, oder rechtliche Ehehaften haben, der Curatel sich nicht entschlagen.

1. Wann die Commission zu Stande gebracht und gehalten, auch von denen anwesenden Creditoribus, oder wie Art. 4. verordnet allenfalls von den Herren Commisfariis ex officio aus der Creditorum Mittel 2, 3, oder mehrere Curatores bonorum erwählet worden, so können sich diejenigen, so dazu Ordnungs-mäßig ernannt sind, die Curatel über sich zu nehmen nicht entlegen, es sey dann, daß sie ihrer Action und Forderung an den Debitorem und die Massam gänzlich sich begeben wollten, oder andere rechtmäßige Entschuldigung und beweisliche Ehehaften anzuführen, oder schon zwey dergleichen Curatelschaften über sich genommen hätten, und solche noch nicht geendiget wären, als auf welchen Fall dieselbe billig für entschuldiget zu halten, und freygesprochen werden mögen.

Und müssen dieses innerhalb 8 Tagen anzeigen.

2. Es sind aber solche sich zu entschuldigende Creditores innerhalb 8 Tagen nach der

Zeit,

Zeit, da ihnen ihre Erwählung kund worden, Uns ihre Entschuldigungs-Ursachen vorzutragen gehalten. Versäumen sie diese Zeit, so sollen sie nicht weiter gehöret, sondern ohne Widerrede die ihnen aufgetragene Curatel, bey Verlust ihrer Forderung, über sich zu nehmen verbunden seyn.

Zusätze der Deputation.

Die Worte im §. 1. "nnd solche noch nicht geendiget wären„ sind zugesetzt.

Art. 7.

Wann ein erwählter Curator von der Curatel entbunden, oder sonst abgehet, wird zur neuen Wahl unverzüglich geschritten.

1. Falls jemand aus gegründeten Ursachen die Erlassung von der ihm aufgetragenen Curatel von Uns erhalten hat, so soll, auf Anfordern der übrigen Curatorum, die Commission wieder angesetzt, und zur Erwählung eines neuen Curatoris, auf Art und Weise, wie im Art. 4. verordnet, geschritten werden: welches auch allemal, bis zur gänzlichen Berichtigung des Falliments, und geschehener Austheilung

der

der Gelder, wiederholet werden muß, wenn ein Curator mit Tode, oder sonsten abginge, als welches die übrigen Curatores der Commission allemal innerhalb 8 Tagen, bey 15 Rthlr. Strafe, anzuzeigen gehalten sind.

Desgleichen, wenn einer der Herren Commissariorum, oder beyde, abgehen.

2. Wie dann nicht weniger, wann einer derer Herren Commisfariorum, oder beyde, abgegangen seyn mögten, und etwas der Commission vorzutragen vorfallen sollte, andere Commissarien von den Curatoribus unverzüglich ausgebeten werden müssen.

Veränderungen und Zusätze.

Die Worte: "innerhalb 8 Tagen, bey 15 Rthlr.„ sind zugesetzt; es stand vorher:„ allemal bey willkührlicher Strafe.„

Art. 8.

Welche vor andern zu Curatoribus zu erwählen sind.

Bey Benennung der Curatorum bonorum, insonderheit, wann solche ex officio geschieht, soll vornehmlich darauf gesehen werden, daß die Wahl geschickte, in gutem Gerüchte ste-

hende,

hende, und, so viel möglich wohlhabende Personen, die hiesige Bürger und Einwohner sind, treffe: Fremde, die dieser Stadt mit Eid und Pflichten nicht verwandt, sind gänzlich ausgeschlossen: jedoch können ihre Mandatarii, wie imgleichen die Kriegische und andere Vormünder, dazu wohl genommen werden, falls der mehrere Theil der Creditorum nach den Summen damit friedlich, und sie, sich mit solcher Mühe zu beladen, freywillig sich anheischig machen; sie können aber niemals dazu gezwungen werden.

Erläuterung.

Das erste Erforderniß eines Curators ist: er muß Gläubiger der Masse seyn. Aus der Creditorum Mittel, heißt es im 6ten Artikel. — Der Curatoren Geschäfte sind wichtig und erfordern freylich Kenntnisse; aber es sind diese doch keinesweges von der Beschaffenheit, daß nicht bey jeder Masse unter den Gläubigern völlig geschickte Männer dazu, gefunden werden sollten. Daher ist es ein sehr lobenswerthes Gesetz nur diese für fähig zur Curatel zu bestimmen; weil man mit Recht erwarten kann, daß derjenige sich der Sache am angelegentlichsten annehmen werde, der selbst daran Interesse nimmt.

S. Günthers vortrefliche Schrift über Wucher. a. a. O. S. 318.

Die

Die gegenwärtige Verfügung daß die Curatores Gläubiger seyn müssen, ist im Artikel 8. dahin näher bestimmt, daß auch Mandatarien und kriegischen Vormündern (Curatoren von Frauenspersohnen), die Curatel übertragen werden könne. Welches ohne Zweifel die Gleichheit der Rechte derer die nicht persöhnlich Curatores werden können, mit den übrigen, als eine sehr gerechte Anordnung aufstellt. Die übrigen Erfordernisse zu einem Curator, hat der Art. 8. theils als solche angeführt, die beym Fehlen derselben ganzlich ausschließen, theils als solche die bey der Wahl nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. Eine andere Bedeutung können die Ausdrücke: vornehmlich und gänzlich nicht haben. Das obige Erforderniß, daß die Curatores zugleich Gläubiger seyn müssen, wird wohl nur unter der Bedingung verstanden werden können, wenn sich fähige Persohnen unter den Gläubigern finden; wo nicht (ein Fall, der wie gesagt selten da ist, aber doch da seyn kann) so wird man von dem Nothrechte Gebrauch machen, und andere wählen müssen. Daher möchte ich dies Erforderniß nicht zu den gänzlich ausschließenden, rechnen. Von dem Falle selbst werde ich unten ein mehreres sagen.

Gänzlich ausgeschlossen ist von der Curatel, 1) der Fremde, das ist, der dieser Stadt mit Eyd und Pflicht nicht verwandt, oder mit andern Worten, der nicht Bürger und Einwohner ist. Aber wie schon angegeben ist, ihre Bevollmächtigten, wenn diese Bürger und Einwohner Hamburgs sind, können Curatores werden. Bürger und Einwohner zu seyn, wird verbunden genommen;

der

der Bürger muß hier seinen Wohnort haben, folglich nicht Aus-Bürger seyn. Begreiflich weil die Ausübung seiner Pflichten seine Anwesenheit nothwendig macht.

Zweytens zähle ich zu den gänzlich ausgeschlossenen: die völlig ungeschickten, die mit einer Infamie behaftet sind, und die ganz Armen. Der Art. 8. rechnet es zu den bedingten Erfordernissen, die also nicht gänzlich sondern nur secundum quid ausschließen, daß die Curatores geschickte, in gutem Gerüchte stehende und wohlhabende Personen seyn müssen. Vornehmlich soll darauf gesehen werden. Allein man darf hier nicht außer Acht lassen, daß die Ungeschicklichkeit, der schlechte Ruf und die Armuth, Grade haben. Ist eines dieser Dinge bey einem Manne bis auf den höchsten Grad vorhanden, so kann er deswegen durchaus nicht Curator seyn, weil die Geschäfte der Curatoren öffentliche Geschäfte sind, die demnach wenigstens, bey ihren Verwaltern diejenigen allgemeinen Eigenschaften erfordern, welche das gemeine Recht bey den Curatoren einzelner Personen verlangt. Gänzliche Ungeschicklichkeit betrift sowohl die der Seele als des Cörpers. Ein Unmündiger kann an und für sich, abgegangen davon, daß er als solcher nicht Bürger werden kann, nicht Curator werden; eben so wenig wer unter Curatel stehet, Frauenspersohnen, und zur Verwaltung ihres Vermögens für unfähig erklärte. Ferner wer mit einer Krankheit behaftet ist, die ihn zu Geschäften untüchtig macht; Blinde, Lahme ꝛc. Unfähige endlich an Kräften des Geistes; z. B. des Lesens und Schreibens Unkundige, können ebenfalls nicht Curatores von Fallit-Massen werden.

Der

Der schlechte Ruf hindert die Curatel unbedingt dann, wenn derselbe sich zur völligen Infamie hinneigt. Eines öffentlichen Verbrechens Angeklagte, einer Bestechung oder eines falschen Eydes Ueberwiesene, sind solche denen die Curatel nicht anvertraut werden kann. — Ferner hindert ein gerechter Verdacht über die Unpartheylichkeit, Curatores zu werden; so, die wegen der Forderung welche sie an die Masse machen, mit dem Falliten in einem Processe verwickelt sind, vor rechtskräftiger Entscheidung der Sache zu ihrem Vortheile.

Hofacker Princ. j. civil. Tom. I. Tit. de cura bonor. §. 706. et Tit. de persona tutoris §. 626. &c.

Armuth schadet so wenig der Redlichkeit, als sie ein Beweiß der Ungeschicklichkeit ist; allein wenn die Dürftigkeit so groß ist, daß der Arme von Almosen lebt, so kann er nicht Curator seyn, weil seine Verhältnisse zu abhängig sind. Aber auch darum schon kann ein Unbemittelter nicht Curator seyn, weil bey ihm alle Sicherheit für die gute Führung der Curatel, fehlt.

Ist nun die Mehrheit der Stimmen für die Erwählung eines solchen unbedingt ausgeschlossenen Mannes, so tritt ohne Zweifel mit Recht die Minderheit zufolge des Gesetzes, daß zum Nachtheile der Masse nichts von der Mehrheit beschlossen werden könne, hierwider auf. — Die Mehrheit hingegen bestehet mit Fug auf ihren Beschluß, wenn es nicht unbedingt ausschließende Eigenschaften sind die dem Erwählten fehlen. Hier ersetzt dann das Zutrauen der Mehrheit das, was ihm sonst an Fähigkeit abgehen möchte. Wenn daher z. B. die Minderheit behauptete: bey der gegenwärtigen Masse würde

ein Mann von besonderer Geschicklichkeit zum Curator erfordert; diese besitze der Erwählte nicht, indem man vielleicht einen Krämer zum Curator der Fallit-Masse eines großen Kaufmanns erwählt habe; so beruhet diese Behauptung nur auf bloßen Voraussetzungen, und hat weiter keine Wirkung. Oder die Minderheit wollte den Erwählten nicht anerkennen, weil er als ein eigennütziger Mann bekannt wäre, und er sich in anderweitigen Geschäften nicht lobenswürdig benommen hätte. Diese Weigerung kann nicht geachtet werden, selbst auch dann nicht, wenn sich einige nicht ganz verwerfliche Zeugnisse wider seine Treue gefunden hätten; denn das Zutrauen der Mehrheit wiegt das Mißtrauen der Minderheit auf.

Endlich kann der nicht verworffen werden, der zwar nicht begütert ist, aber doch nicht dürftig genannt werden kann. Ist dieser ein redlicher Mann, so leistet die durch die Mehrheit anerkannte Redlichkeit die Bürgschaft, die sein Vermögen nicht hinlänglich leisten kann. Allerdings aber ist dabey eine Frage: ob, wenn nun die eben gedachten nicht ganz verwerflichen Zeugnisse wider die Treue des Mannes, mit dem unbegütert seyn, zusammenträfen, nicht beydes vereint, einen Grund abgeben sollte, den Curator verwerffen zu können? die Unbestimmtheit der Gesetze über diesen Umstand, ist wie mich dünkt hier eine heilsahme Sache; weil nun die Entscheidung dem richterlichen Ermessen anheim gestellt bleibt. Ein schwankendes Gesetz hat da, wo auf das Individuelle des Falles, vieles ankömmt, das Gute, daß nicht der individuelle Nutzen unterliegt, obgleich dabey der

Richter keinesweges seinem unbedingten Gutdünken folgt. Entweder also die Commissarien würden hier ihr Entscheidungsrecht ausüben, oder der Senat würde durch Confirmation oder Verweigerung derselben, der Sache den Ausschlag geben.

Wenn die Gläubiger angewiesen sind vornehmlich darauf zu sehen, einen in aller Absicht wohl ausgerüsteten Curator zu wählen; so heißt es in demselben Gesetze mit vielem Rechte, daß insonderheit die Commissarien die Vorschrift vor Augen haben sollen, wenn bey dem Nichterscheinen der Gläubiger, sie den Curator zu ernennen haben, — einen geschickten, in gutem Gerüchte stehenden und wohlhabenden Mann zu ernennen. Denn, eben wegen des Fehlens der Gläubiger, ersetzt ja das Zutrauen der Gläubiger, mangelnde Fähigkeiten nicht.

Zum Schlusse der vorstehenden Materie habe ich noch einige, bey den einzelnen Fällen vorkommende Fragen zu beantworten. Zuerst: wenn es sich nun wirklich ergiebt, daß unter den Gläubigern der Masse keine sind, welche die erforderlichen Geschicklichkeiten haben oder sonst zum Curator geeigenschaftet sind, was ist da zu thun? Man kann sich den Fall um so eher denken, wenn man eine Masse nimmt, wo viele sind die nicht nothwendig die Curatel übernehmen müssen; Gevollmächtigte, Vormünder u. s. f. — Weil hier kein anderer Ausweg bleibt, als Nichtgläubiger zu erwählen, so wird man sich auch nicht bedenken dürfen, ohne weiteres dazu zu schreiten; und weder die nicht erschienenen Gläubiger, noch sonst die Minderheit, werden mit Be-

stand dagegen einwenden können; vorausgesetzt daß die Bevollmächtigten und Vormünder nicht Curatores seyn wollen, und die Unfähigkeit der andern offenbar ist. Daher geschieht es denn zuweilen, daß Procuratores, Advocaten, oder auch ein Buchhalter zu Curatoren gewählt werden.

Zweytens fragt sich: kann eine Handlung treibende Frau, Curator werden? Die Kauffrauen sind im P. II. Tit. 8. Art. 1. Statuti, in Ansehung der Handlung, den Männern völlig an Rechten gleich gemacht. Wenn man also den Fall nimmt, daß die Kauffrau durch Handlungsgeschäfte Gläubiger der Masse geworden ist, daß ihre Firma zu den Commissionen citirt wird, und daß sie nun bey der Masse ohne kriegischen Vormund auftritt; so ist die Bedenklichkeit mit der man sie ausschließen möchte, als wäre die Curatel kein Geschäft wobey sie als Kauffrau angesehen würde, widerlegt. Allein wichtiger ist das Bedencken, daß der Kauffrau nicht wohl angemuthet werden kann, bey den Geschäften selbst zu erscheinen; uud einen Factor statt ihrer zu senden, ist sie doch nicht bevollmächtigt. Hat sie einen männlichen Handlungs-Compagnon, so ist kein Zweifel, daß ihre Firma gewählt und sie gezwungen werden könne, die Curatel zu übernehmen. Wo nicht, so würde man wenigstens sich nicht entlegen können, ihre Entschuldigung, sich mit den Geschäften nicht abgeben zu mögen, anzunehmen. — Sobald die Kauffrau nicht als solche, sondern in einem andern Verhältnisse Gläubiger ist, so kann sie nur mit ihrem Curator auftreten, und sie ist unfähig zur Curatel.

Drit-

Drittens: können Gläubiger unter 100 Mk zu Curatoren gewählt werden? Ohne Zweifel; das Gesetz verbietet ihnen nur die Stimme, in allem übrigen sind sie den andern Gläubigern an Rechten gleich gelassen. Und die Kleinheit der Forderung ist kein hinreichender Grund, sie von der Besorgung der Masse zu entfernen, wenn sie sonst des Vertrauens würdig sind. Es versteht sich dabey daß sie fortdaurend keine Stimme in den Commissionen haben; die Curatel giebt ja keine Stimme, sondern diese behalten die Curatores nur, weil sie dieselbe als Gläubiger haben.

Endlich muß die Frage: kann ein gewesener Fallite, nach der Entschlagung also, bey einer andern Masse Curator werden? bejahet werden. Denn sobald er entschlagen ist tritt er, in so ferne er nicht bestimmt von einigen Rechten ausgenommen ist in alle bürgerliche Rechte wieder ein. Es versteht sich aber, daß der Fallite nicht als boshafter entschlagen seyn müsse; denn dies ist schon eine Art Schande die ihm für beständig anklebt.

Die Annahme der Curatel geschieht durch die bejahende Erklärung des Gewählten, wenn er in der Commission zugegen ist; oder, wenn ein Nichterschienener gewählt ist, durch die Antwort die er dem Actuare sagen läßt, als welcher gehalten ist, dem Gewählten die Wahl noch am nehmlichen Tage ansagen zu lassen. Wie dies ein Conclusum vom 11ten December 1780 vorschreibt. (Noch ungedruckt).

Extractus Protocolli Senatus Hamb. d. d. 11. Dec. 1780.

"Conclusum: dem Actuario beym Fallitwesen aufzugeben: daß er künftighin, wenn bey einer Fallitsache Cura-

tores bonorum gewählt worden, die geschehene Wahl den erwählten Curatoribus noch an demselben Tage mit dem Beyfügen bekannt mache, daß sie daferne sie entweder gesetzmäßige Ursachen hätten, die Curatel zu verbitten, oder auch sich, vermittelst Begebung ihrer Forderung an die Masse, davon befreyen wollten, solches am nächsten Rathstage ad Protocollum der Fallit-Commission anzuzeigen hätten in Entstehung dessen, sie die der Masse dadurch verursachten vergeblichen Kosten zu vergüten hätten.

Ich lasse diesem Concluso das schon oben (S. 233.) erwähnte Conclusum vom 2ten December 1776 folgen; welche beyde, verbunden mit dem Inhalte des vorstehenden 6ten Artikels, mir Gelegenheit geben, von dem Ablehnungs-Rechte, und von den Entschuldigungen der zu Curatoren gewählten, zu handeln. (Das Conclusum ist noch ungedruckt.)

Extractus Protocolli Senatus Hamb. d. d. 2. Dec. 1776.

"Conclusum: daß zur Verhütung aller unnöthigen Kosten in Fallit-Sachen:

1) Die Confirmation der in Commission gewählten Curatorum bonorum nicht an demselben Tage, da die Wahl geschehen, sondern erst am folgenden Rathstage erfolgen solle.

2) Wenn einer der gewählten Curatorum bonorum zum Behuf seiner Befreyung von der ihm aufgetragenen Curatel sich seiner Forderungen an den Falliten begeben möchte, er nicht genöthigt seyn solle, solches Senatui per Supplicas anzuzeigen, sondern nur seine Erklärung ad Protocollum des Actuarii in Fallit-Sachen zu geben brauche, der sodann darüber einen Extractum Protocolli ausfertigen, und denselben den Wohlw. Herren Commissariis zur Bewürkung eines, nach Befinden abzugebenden Decreti, zu überreichen habe.

Einer

Einer übertragenen Curatel darf sich also, laut diesen Verordnungen, kein wählbahrer Gläubiger willkührlich entlegen; alle die in eigenem Namen auftreten sind als nothwendige Curatores gesetzlich betrachtet, und nur die Bevollmächtigten und kriegischen Vormünder sind als freywillige, nach Vorschrift des 8ten Artikels, angenommen. — Es ist allerdings eine, sowohl nothwendige als gerechte Bestimmung, die Annahme der Curatel den eigentlichen Gläubigern zu einer Pflicht zu machen; nothwendig, weil sonst dies mühsahme und wenig lohnende Geschäft vielleicht selten übernommen werden möchte, und eine Masse in Verlegenheit kommen würde geschickte Leute zu Curatoren zu erhalten. Gerecht ist diese die Gläubiger verpflichtende Anordnung zugleich, weil alle verhältnißmäßig gleichen Nutzen von der Masse erwarten. Auf der andern Seite aber, hat diese Verpflichtung nicht auf diejenigen angewendet werden können, die nur als Bevollmächtigte fremder und als Curatores anderer auftreten, weil deren Machtgeber selbst nicht die Fähigkeit zur Curatel, besitzen; ihnen also nicht eine Last aufgelegt werden kann, die mehr ist, als was ihre Vollmacht enthält. Was würde es überdies helffen den Bevollmächtigten die Curatel zur Pflicht zu machen; sie würden ja nur ihre Vollmachten niederlegen können, so wäre das Gesetz vereitelt. Denn daß man die Vollmachtgeber und Curanden bestrafen sollte, weil ihre Repräsentanten den Gesetzen nicht gehorchten, wäre eine Ungerechtigkeit die gar nicht ausgeübt werden könnte.

Allerdings konnten die Gesetze, den Erwählten zu seiner Pflicht zu zwingen, keine andere als Geldstrafen

bestimmen; und diese Strafe ist: der Verlust der ganzen Forderung des Gläubigers an die Masse, ohne Betrachtung ob sie groß oder klein, noch welcher Art dieselbe ist. Es verdient hierbey einer für die Gesetzgeber ehrenvollen Erwähnung, daß die Strafe nicht dem Fiscus anheim fallen, sondern der Masse zu gute kommen soll. Nicht darum, als ob ich zugeben wollte, daß es irgend vor der Gerechtigkeit hätte verantwortet werden können, wenn der Fiscus das Strafgeld eingezogen hätte; denn es ist ja die Masse die durch die Ablehnung der Curatel, den Vortheil, die Talente des zum Curatoren erwählten Mannes, zu nutzen, verliehrt. Aber, weil es durch so viel ältere Gesetze, allenthalben fast zur Gewohnheit geworden zu seyn schien, den Fiscus mit fremden Gute zu bereichern. Wenn es ausgemacht ist, daß die Masse mit Recht in dem Falle einen Ersatz zu fordern hat, da der, dessen Verwaltung sie verlangt, sich ohne Ursache derselben entziehen will; so ist indeß noch nicht gerechtfertiget, wie das Gesetz die Ablehnung straft. Es bleibt noch immer die Frage: ob das Gesetz, das den Verlust der Forderung, ohne Unterschied ob sie groß oder klein ist, bestimmt, nicht als zu strenge betrachtet werden muß? der Verlust den die Masse durch die Weigerung des erwählten Curators leidet, ist doch gemeiniglich nicht unersetzlich, es werden sich mehrere fähige Männer bey der Masse finden. Warum muß also der Masse mehr ersetzt werden, als ihr Nachtheil berechnet werden kann. Und dagegen, wenn nun der Erwählte eine entschiedene Abneigung gegen die Geschäfte bey Fallit-Sachen hat; was gewährt

währt es denn der Masse für Nutzen, einen Verwalter zu haben der mit Widerwillen seine Pflichten erfüllt. Würde es nicht vielmehr besser für sie seyn, wenn es erlaubt wäre, sich mit einigen Procenten von der Curatel loszukaufen. Diesen Gewinnst würde sie sicher mehrmals haben, indeß jetzt, da der Erwählte zwischen den beyden Uebeln, seine Abneigung zu überwinden, oder die ganze Forderung aufzuopfern wählen muß, — er schwerlich das letztere wählen wird. Nimmt man dazu, daß der Mann, obwohl keine gesetzmäßige, dennoch sehr billige Entschuldigungen hätte, — vielleicht, daß er sich nicht fähig hielte die Curatel zu führen und doch nicht gerne dem Buchhalter alles überlassen wollte, daß sein Gesundheits-Zustand zu schwächlich wäre um sich dem Verdrusse, wozu sich bey jeder Masse mehr oder weniger Gelegenheit anbietet, auszusetzen; so ist es allerdings sehr hart, daß er nur mit Verlust seiner ganzen Forderung abkommen kann.

Nach den Worten des Gesetzes ist es nicht genug, daß der weigernde Curator das Recht an der Masse Theil zu nehmen, verliehrt, auch seiner Rechte an den Schuldner geht er, laut Art. 6. verlustig. Also scheint es wird er nie im Stande seyn Bezahlung von dem Schuldner zu fordern, auch nicht, wenn dieser wieder zu Vermögen kommen sollte. Es ist dieser Satz mit der Materie genau verbunden: welche Rechte den Gläubigern übrig bleiben, die sich auf das Proclam zur Einladung der unbekannten Gläubiger, nicht gemeldet haben. Ich verschiebe also die Betrachtung der gegenwärtigen Sache bis dahin.

Die Entschuldigungs-Ursachen die Curatel zu übernehmen, welche als rechtmäßige anerkannt werden, und den erwählten Curator befreyen sollen; sind in dem ersten Abschnitte des 6ten Artikels im allgemeinen und im besonderen angegeben. Von diesen Ursachen werden noch die Ehehaften unterschieden, welche ebenfalls von der Curatel befreyen sollen. Das Wort Ehehaften ist ein Kunst-Wort bey dem gerechtlichen Processe; und da dieser Ausdruck ohne weitere Bestimmung bey der Curatel gebraucht wird, so muß er eben weil er Kunst-Wort ist, hier, wie dort verstanden werden. Zwar sind Ehehaften nur Abhaltungen auf kurze Zeit, im Gerichte zu erscheinen, als: vorübergehende Krankheiten, wichtige Geschäfte der Haushaltung u. s. f.; und weil es bey Curatelen gemeiniglich nicht auf augenblickliche Uebernahme von Geschäften ankömmt, so sollte man, in so ferne Ehehaften nicht zugleich rechtliche Curatel-Entschuldigungen sind, die Ehehaften nicht für solche Ursachen halten die zur Ablehnung berechtigten. Allein da man doch nicht annehmen darf, daß das Gesetz, welches Entschuldigungen und Ehehaften besonders nennt, leere Wiederholung enthalte; so muß man zugeben, daß Ursachen die bloß Ehehaften genannt werden können, wirklich von der Uebernahme der Fallit-Curatel befreyen.

Ich werde zuerst die rechtlichen Curatel-Entschuldigungen, dann die Ehehaften besonders aufführen. Einzig wird in dem Artikel die Entschuldigung genannt: wenn einer schon zwey dergleichen, also Fallit-Curatelen über sich genommen hat, welche noch nicht beendiget

biget sind. Demnach giebt es keine Entschuldigung ab, Curator gewesen zu seyn. — Die übrigen Entschuldigungen werden nicht besonders angegeben, sondern nur bestimmt daß sie gelten sollen, wenn sie rechtmäßige sind. Hierdurch wird also deutlich auf das gemeine Recht hingewiesen, wie auch der Art. 12. Tit. 6. P. III. Statuti auf das gemeine Recht verweißt; jedoch daß dem Senate vorbehalten ist, noch andere als darin gegründete, anzunehmen. Worunter (in dem genannten Art.) die Bekleidung der Rathswürde, hohes Alter und Schwächlichkeit mitgerechnet werden, obwohl mit Unrecht, weil auch das gemeine Recht diese Entschuldigungen kennt.

Hofacker l. c. Tit. de susceptione tutelae §. 643 &c.

Das gemeine Recht entschuldiget ferner: die Männer welche die Verwaltung der Staatskasse führen. §. 1. Inst. de excusat. Die Gelehrten L. 6. C. de prof. et medic. — Nur ein siebenzigjähriges Alter, kann nach gemeinen Recht von der Curatel entschuldigen §. 13. J. de excus. Hierin wird sich aber in Hamburg mehr Willkührlichkeit behaupten lassen; der Senat wird auch einen jüngeren als siebzigjährigen, wenn er sich mit Alters-Schwäche entschuldiget, nicht zwingen. — Armuth wird ebenfalls als Entschuldigungs-Ursache angenommen §. 6. J. eod. Nehmlich in dem Verstande arm, daß der Mann die Zeit von seinem Verdienste nicht abmüssigen kann. — Endlich gehört hierher grosse Feindschaft zwischen dem ernannten Curator und dem Curanden. §. 11. J. eod. — Durch ein Privilegium, sind nach römischem Rechte noch von der Curatel frey: die Männer welche sich ein besonderes Verdienst um den

Staat

Staat erworben haben; L. 6. §. 13. ff. de excus.; und welche vier legitime Kinder haben, nach der Lex Papia Poppea. pr. J. eod. Ob dies Privilegium heutiges Tages noch gelte, ist unter den Rechtgelehrten streitig. Mehrere behaupten, daß fünf Kinder nur Entschuldigungs-Ursachen abgeben, weil nur diese Anzahl ein Privilegium in den Provinzen abgab, die erstere blos für Rom galt.

Lauterbach Coll. theor. pr. Lib. 27. Tit. I. §. 5.

Ich glaube an die Anwendbarkeit dieser römischen Privilegien bey uns, überall nicht. Ihnen liegen Ursachen zum Grunde, die bey uns entweder gar nicht, oder doch nicht in dem Maaße statt haben; wie hier das praemium foecunditatis. Darum wird sich meiner Meynung nach, keiner auf die vorliegende Ursache, mit Erfolg beruffen können.

So weit die Entschuldigungen; jetzt die Ehehaften. Im P. I. Tit. 18. Art. 6. 7. des Statuts, werden, mit Beziehung auf das gemeine Recht, folgende Ehehaften angegeben: 1) Leibes-Schwachheit. 2) Gefängliche Verhaftung. 3) Abwesenheit wegen Stadts-Sachen. 4) Unsicherheit, wegen Krieges-Läufte, grassirender Pest, Wasser-Fluth, Schnee, Sturmwinde. Wenn man auch noch so wörtlich dem Gesetze folgen wollte, so können diese Ursachen der Unsicherheit auf keine Weise von der Curatel befreyen; weil die Curatores nicht auf eine genau bestimmte Zeit Wege zu machen haben, welche unsicher sind; und Kriegs-Läufte in der Stadt ein Unding sind. Freylich als Curator eines Falliten, in dessen Haus zu gehen, wenn darin

die

die Pest herrschte, kann wohl niemanden zugemuthet werden; aber nicht Curator werden zu wollen, wenn eine pestilenzianische Krankheit in der Stadt herrschte, würde eine thörigte Anmaßung seyn; denn die Curatel kann ja die Gefahr nicht vermehren. Im 7ten Artikel des Statuts, wird eine Reise in Privat-Geschäften, für eine gültige Ehehaft angenommen; und es ist gewiß sehr zu billigen, daß ihrentwegen die Curatel abgelehnt werden darf. Weil es ja nicht gefordert werden kann, eigne Vortheile darum aufzuopfern. — Die im gemeinen Rechte, außer den obigen noch vorkommenden Ehehaften, als Familien-Feyerlichkeiten, Zeugenverhör, u. s. f. sind in der That zu sehr auf den Augenblick eines vorzunehmenden Geschäftes beschränkt, als daß sie im Ernste zur Ablehnung der Curatel angeführt werden könnten. Es würde mit der Meynung der Gesetzgeber Spott treiben, heißen.

Die Zeit in welcher und die Art wie der Gewählte, die Curatel ablehnen muß, schreiben der §. 2. des 6ten Artikels, und die Coucluſa vom 2ten December 1776 und vom 11ten December 1780 vor; welche Concluſa ihrem ganzen Inhalte nach, oben (S. 246.) hergesetzt sind. Man muß hierbey den Entschuldigenden von dem Nichtwollenden, unterscheiden. Der letztere ist, wenn er sich nicht schon bestimmt zur Begebung seiner Forderung an die Masse erklärt, unter der Bedingung daß das Confirmations-Decret erschienen seyn, 8 Tage nachdem ihm die Erwählung kund geworden, durch sein Stillschweigen für abgestanden von der Masse zu betrachten; indem er in der gegebenen

Zeit,

Zeit, die Curatel ausdrücklich übernehmen mußte. Der Entschuldigende muß, wenn er sich ohne alle Kosten entschuldigen will, seine Ursachen am nächsten Rathstage nach geschehener Wahl, zum Falliten-Protocolle des Actuars angeben. (Und hiermit ist die Verordnung des §. 2. Art. 6. geändert, worin es heißt: daß die Entschuldigungen, bey dem Senate selbst, mittelst einer Supplik also, vorzutragen wären). Sonst hat er freylich auch innerhalb acht Tagen noch Zeit, mit seinen Entschuldigungen zu kommen, aber dann muß er die Kosten, des nunmehr unnützlichen Confirmations-Decrets, welches ja am nächsten Rathstage abgegeben wird, tragen. Als welches die vergeblichen Kosten sind, wovon das Conclusum von 1780 spricht. Nach 8 Tagen können keine Entschuldigungen mehr angebracht werden, und der Gewählte geht seiner Forderung verlustig, wenn er sich nun noch weigert die Curatel-Geschäfte zu übernehmen.

Die zu Protocoll gegebene Ablehnung der Curatel, muß der Actuar in einem Extractu Protocolli, dem ältesten Commissionsherrn übergeben; welcher dann zu Rath darüber referirt, und ein der Lage der Sachen angemessenes Decret bewirkt. Entweder daß der Gewählte zu entlassen sey, oder wenn die Entschuldigungen nicht bewährt gefunden werden, daß derselbe die Curatel binnen acht Tagen, anzutreten habe, im Entstehungs-Falle aber seiner Forderung an die Masse verlustig wäre. Wird nicht gleich definitive sondern zuvor vielleicht auf Untersuchung erkannt; so muß nach endlicher Verwerfung der Ablehnung, der Gewählte gleich antreten,

wenn

wenn dies Erkänntniß später als nach 8 Tagen der geschehenen Wahl kömmt; eine längere Bedenkzeit ist nun nicht mehr da. Sind die Ablehnungs-Ursachen offenbar nichtig, so wird die Masse von Rechtsmitteln die der Abgewiesene dawider einwenden möchte, nicht viel zu besorgen haben. Allein sind sie zweifelhafter, so muß die Masse den Proceß mit ihm übernehmen, wenn er auf Zulassung zu der Masse, gegen sie klagt, und vielleicht eine höhere Instanz angeht. Schwerlich aber wird der Kläger eine solche Sache gewinnen; denn wenn die Ursachen wirklich zweifelhaft sind, z. B. bey angegebener Schwächlichkeit des Gewählten, — so ist eben weil bey diesen Umständen das Ermessen des Senats entscheiden soll, der Senat mehr als Ober-Vormund wie als Richter zu betrachten. Geschäfte der freywilligen Gerichtsbarkeit aber, leiden ordentlicherweise keine Aenderung durch einen höheren Richter.

Ehe ich zum Vortrage des Geschäftes, wenn ein neuer Curator gewählt werden muß, weil die Curatel abgelehnt ist, übergehe, habe ich den Fall zu erläutern, da die Vacanz entsteht: weil ein Curator während der Führung der Curatel den Abschied nimmt. Im Art. 7. ist diese Sache berührt, da es heißt: „wenn ein Curator mit Tode oder sonst abginge.„ — Die Ursachen, welche von der Uebernehmung der Curatel entschuldigen, berechtigen nicht gradezu die übernommene niederzulegen, z. B. weil einer während der Verwaltung 70 Jahre alt würde. Das gemeine Recht erlaubt nur die Niederlegung der Curatel, wenn der Curator außer Stand gesetzt wird die Curatel fortzuführen.

führen. Entweder durch Krankheit, oder durch Geschäfte die alle seine Zeit erfordern. Ob sich indeß die Sachen wirklich so befinden, muß dem Ermessen des Senats überlassen bleiben. Man darf daher glauben, daß nicht einmal die Raths-Würde nothwendig von der Curatel entlediget, sondern daß auch hier die Beystimmung des Senats unumgänglich sey. Dagegen, wenn sich Ursachen anfänden, die den Curator völlig untüchtig machten Geschäften vorzustehen: er würde wahnsinnig oder verlöhre das jus standi in judicio, da er selbst Fallit würde, u. s. f. So bedarf es nicht einmal der Erklärung des Senats über die geschehene Erledigung; die Erledigung ist von selbst da.

Wenn ein Gewählter die Curatel abgelehnt hat, so müssen, nach Anleitung des Art. 7. die übrigen Curatores die Commission zur zweyten Wahl, sogleich befördern; welche dann auch an den nächsten Rathstagen, wie vorher gehalten wird. Ist ein Curator während der Verwaltung abgegangen, so müssen die übrigen Curatores, die Sache binnen 8 Tagen den Commissionsherren anzeigen, (welches von dem Actuare zu Protocoll genommen wird), und um eine zweyte Wahlcommission ansuchen. Die Strafe der Unterlassung ist hier 15 Rthl. Zu welches Besten die Strafe verwendet werden soll? ist nicht bestimmt angegeben, also wird sie dem Fiscus zufallen müssen. — Es ist allerdings eine sehr gerechte Sache, daß die Anzeige der Erledigung einer Curators-Stelle in kurzer Zeit, und bey Strafe anzuzeigen anbefohlen ist. Weil ein unredlicher Curator sich die Zeit zu Nutze machen könnte, wenn sein College abgetreten

ist,

ist, die Masse zu plündern. Nun hindert freylich den, der diese Absicht hat, die Strafe von 15 Rthl. daran nicht viel. Allein wenn der Curator auf einer Nachläßigkeit betroffen wird, so muß dies auf eine nähere Untersuchung seines Betragens leiten; und er muß der Masse den ganzen Schaden ersetzen, wenn durch seinen Betrug oder nur durch seine Schuld, daß die erledigte Curatel nicht bekannt wurde, der Masse ein Schade entstanden ist.

Weil es in dem Rede stehenden Artikel heißt, daß die Anzeige geschehen solle, wenn einer der Curatoren mit Tode abgegangen wäre; so steht die Bemerkung vielleicht nicht am unrechten Orte, daß wenn eine Compagnie-Handlung gewählt ist, die Curatel nicht für erledigt gehalten werden kann, indem einer aus der Firma stirbt. Weil, so lange noch unter dieser Firma contrahirte Verbindlichkeiten vorhanden sind, die Firma nicht aufhört dafür zu haften; jetzt gehen alle Forderungen an den Ueberlebenden, indem Compagnons immer in solidum verhaftet sind. Ein anderes ist es, wie sich auch von selbst versteht, wenn die Firma nur dem Namen nach einen Compagnon enthält, indeß nur ein Principal wirklich da ist; dann kann das Comtoir die Curatel nicht fortsetzen, sondern mit dem Tode des einen Principals ist die Firma erloschen.

Der 2te §. des 7ten Artikels, weiset die Curatoren an, andere Commissarien zu erbitten, wenn einer oder beyde abgegangen sind, und etwas der Commission vorzutragen vorfallen sollte. Diese beygesetzte Bedingung scheint wirklich etwas der vollen Absicht der Com-

mission zu widersprechen. Denn jetzt, wenn beyde Commissarien abgegangen sind, betreiben ja die Curatores die Geschäfte der Masse ohne Aufsicht; und der Actuar so wenig, wie der Rathhausschließer hat nun jemand an den er sich wenden könnte wenn etwas anzuzeigen ist, wie das Conclusum vom 9ten Novbr. 1763 bestimmt.

S. oben Seite 193. und Klefekers Mandaten-Sammlung. Th. 5. S. 2398.

Beyde sind nun in die Nothwendigkeit gesetzt, erst die Sache zur Anordnung einer Commission, dem präsidirenden Bürgermeister anzuzeigen. Weniger Bedenklichkeit hat die Sache, wenn einer der Commissarien nur abgegangen ist; wenn dieser es sich gefallen läßt, daß nicht um Bestellung eines zweyten Curators supplicirt werde, so bleibt es ihm überlassen sein Betragen zu rechtfertigen.

Ein Commissionsherr geht, außer dem Falle da er stirbt, ab, wenn er ein Amt überkömmt welches sich nicht mehr mit den Commissionsgeschäften verträgt; wenn er vielleicht zum Bürgermeister gewählt wird; oder wenn er Prätor wird, und die Commission niederlegt, weil er nicht mehr übrige Zeit zu den Geschäften derselben hat. Oder da er anderer Ursachen wegen sich mit der Commission nicht länger abgeben will. — Die Ausbittung neuer Commissarien, geschieht mittelst einer Supplik an den Rath.

Die Bürgschaft, welche die Curatores den Gläubigern für die getreue Erfüllung der Pflichten der Curatel, leisten

leisten, besteht in einem Eyde, und in der stillschweigenden Verpfändung ihrer Güter; jedoch haften sie nicht in solidum einer für den andern, sondern jeder haftet für sein eigenes Versehen; wie in dem Art. 98. verordnet ist. Das hamburgische Recht fordert von den Vormündern überall keine besonders bestellte Sicherheit, wie das römische Recht sie fordert. Der Art. 13. Tit. 6. P. III. Stat. von Vormund und Pflegschaften bestimmt: "Vormünder oder Vorsorger "sollen ihrer Verwaltung halben, ferner Bürgschaft "oder Vorstand zu thun nach diesem unserm Stadt-"Rechte, aus bewegenden Ursachen nicht schuldig seyn." Und, wie mich dünkt, mit vollem Rechte; denn weil der Curande, hier die Fallit-Masse, den Curator sucht, nicht der Mann die Curatel; so ist die besondere Cautions-Leistung eine Auflage die der Natur der Sache entgegen ist. Wohl läßt es sich bey Strafe befehlen, ein Geschäft zu übernehmen; aber Sicherheit herbey zu schaffen, oder wegen der Curatel das Verfügungs-Recht über eigenes Vermögen des Curatores, der sich zur Curatel nicht aufdringt, zu beschränken, würde zu den Verordnungen gehören welche die wohlerworbenen Rechte des Bürgers auf das empflindlichste beleidigten. — Hingegen einen Eyd für die getreue Führung der Geschäfte abzulegen, kann allerdings auch von dem gefordert werden, der gezwungen, die Geschäfte übernimmt. Denn wenn das Gesetz die Uebernahme derselben zur Pflicht machen darf, so darf es dabey auch fordern, daß sie treulich geführt werden. Und feyerlich anzugeloben, was ohnedies Pflicht ist, darf sich keiner entziehen, der

um nicht die Strafe zu erlegen, zu den Geschäften sich anschickt.

Es war ohne Zweifel ein wesentlicher Mangel der Neuen Falliten-Ordnung, daß sie die Curatores zu der Curatel zuließ, ohne sich ihrer Treue durch einen Eyd zu versichern. Da das Vertrauen, das in sie gesetzt werden muß, von dem grösesten Umfange ist. Der 6te Additional-Artikel hat endlich diesem Mangel abgeholfen, da er die Vorschrift giebt: "Hiernächst soll ein "jeder Curator zur Abstattung eines förmlichen Eydes "bey Verlust seiner Forderung gehalten seyn." (s. den Art. S. 204.)

Der Eyd befindet sich in dem Anhange zur Falliten-Ordnung, unter Nr. 7. Er lautet folgendermaßen:

Eyd, der in Commissione coram Dnis Commissariis von den Curatoribus bonorum abzustatten.

Ich schwere zu Gott dem Allmächtigen, daß ich nicht nur denen in der neuen Falliten-Ordnung den Curatoribus bonorum vorgeschriebenen Pflichten nach meinem besten Wissen und Gewissen nachkommen, sondern auch insbesondere den (oder die) Falliten in keinem Stücke mehr, als die Gesetze erlauben, begünstigen, am wenigsten aber weder selbst directe oder indirecte, es sey mit dem Falliten oder mit einem dritten, einige Neben-Accorde oder Versprechungen eingehen,

noch

noch, daß ein anderer Creditor meines Wissens solches thue, gestatten wolle. So wahr ꝛc.

Es wird der Eyd gewöhnlich nicht in einer besondern Commission abgestattet, sondern auf dem grossen Rathhause im Gehege. Die Curatores werden dem ältesten Commissionsherrn vorgestellt, der Actuar liesst den Eyd vor, und die Schwörenden sagen mit aufgehobenen Fingern: "was mir vorgelesen worden, will ich halten, so wahr mir Gott helffe und sein heiliges Wort." Ueber welche Handlung der Actuar ein Protocoll aufnimmt.

Die Pflichten, welchen die Curatores durch Uebernehmung der Curatel und Abstattung des Eydes sich unterziehen, sind sowohl in dem Eyde selbst als in den folgenden Artikeln der Falliten-Ordnung enthalten. Ich werde hier nur eine allgemeine Uebersicht derselben geben, und die weitere Ausführung bey den einzelnen Artikeln selbst vornehmen. Die Pflichten bestehen:

I. In der Constituirung der Masse.

Welches geschieht:

1) Durch Ausfindigmachung des Schuldwesens.

2) Durch Beytreibung der zur Masse gehörenden Güter. Welches beydes geschieht:

a) Durch Besitznehmung der vorhandenen Güter.

b) Durch das Anhalten des Schuldners zum Manifestations-Eyde.

c) Durch Aufsuchung der verborgenen Güter, mittelst des Universal-Arrestes.

d) Durch Eincassirung der Forderungen der Masse.

e) Durch das zu Gelde machen der Güter, und endlich

f) Wahrnehmung alles dessen das der Masse Vortheil schaft.

3) Durch Trennung der zu der Masse nicht gehörigen Güter, von derselben.

4) Durch Ziehung der Bilanz wie groß der Accord ausfallen könne.

II. In der Schuldigkeit den Gläubigern in der Commission Bericht abzustatten, und den Beschlüssen derselben zu folgen, in den Fällen, wo die Sachen nicht ihrem, der Curatoren Ermessen überlassen sind.

III. In der Proposition des Accordes. Und wenn dieser nicht angenommen wird,

IV. In Führung des Concurs-Processes.

V. In Austheilung der Masse.

Zum Behufe der Erfüllung dieser Pflichten, ist den Rechten der Curatoren, in der Falliten-Ordnung, durch so viel mögliche Hinwegräumung der Schwierigkeiten die ihnen gemacht werden könnten, weiter Umfang gegeben. So dient ihnen ihr Confirmations-Decret zu wichtigen Befugnissen, S. z. B. Art. 13. 19. u. s. f. Weiter, können sie dem Falliten befehlen. S. Art. 36. Ich werde auf die ferneren Rechte, bey den einzelnen Artikeln aufmerksahm machen.

Was endlich die Verpflichtung der Curatoren betrift, so besteht sie darin, daß dieselben nicht allein für Betrug und grobe Verschuldung sondern auch für Nachläßigkeit, (dolum, culpam latam et levem) gehalten sind. Sie müssen der Natur der Sache und dem gemeinen

nen Rechte gemäß, den mittleren Fleiß anwenden. Welcher Satz durch den Inhalt des 98sten und des 95sten Artikels bestätiget wird; nach welchem letzteren die Curatores unnütze Proceßkosten aus eigenem Beutel bezahlen müssen. Wenn es bey der Verhaftung der Curatoren heißt, daß sie nicht einer für des andern Schuld leiden, so kann dies nur von den Geschäften verstanden werden, bey denen bloß die Schuld des einen vorhanden war. War die Nachläßigkeit des andern Ursache daß die Schuld des einen, der Masse den Nachtheil stiftete, so sind ohne Zweifel beyde verbunden, wenn das Vermögen dessen, der der Stifter des Nachtheils war, nicht hinreicht den Schaden zu vergüten.

Dieses alles betrift indeßen nur die Verpflichtung der Curatoren gegen die Gläubiger; aber sie können als Vorsteher der Masse in Verhältnisse gegen dritte kommen, und dabey fragt sich: wie weit sind sie diesen verhaftet? Ich betrachte dies Verhältniß, wie das bey dem Mandats-Contracte. Der dritte, der mit dem Bevollmächtigten zu thun hat, betrachtet entweder diesen als den Eigener des Geschäftes, oder nur als Mittelsperſohn. Hat er mit dem Bevollmächtigten in dieser letztern Eigenschaft contrahiren wollen, so ist auch nur der Vollmachtsgeber ihm verbunden, der Bevollmächtigte zu nichts. Hingegen hat der Dritte zu erkennen gegeben, in dem Bevollmächtigten nicht die Stellvertretung sondern dessen eigene Persohn als verbindend annehmen zu wollen; so muß dieser für die Pflichten zu denen er Namens seines Vollmachtgebers, sich anheischig gemacht hat, haften; und dem Dritten gilt es gleich, ob,

oder wie sich der Bevollmächtigte an den Vollmachtgeber erholen könne; so lange der Bevollmächtigte zur Erfüllung der Pflichten auf welche der Dritte Anspruch macht, vermögend ist, so lange kann er von diesem seine Befriedigung erwarten. Ich halte diese Vorstellung der Verbindlichkeiten für die einzig richtige und der Natur des Vollmachts-Contracts angemessene Vorstellung; nach welcher leicht, die Streitigkeiten die so häufig wegen der irrigen Begriffe die man sich von den Mandats-Verhältnissen macht, entstehen, entschieden werden können. Und auf diese Art werden die hierher gehörigen Gesetze, L. 13. C. si cert. petat. und L. 7. §. 1. C. quod cum eo qui in al. pot. richtig angewendet.

S. auch Claproth Rechtswissenschaft der Verträge und Contracte. 2ten Th. §. 265.

Wenn zum Beyspiele, jemand mandatario nomine gegen den andern klagbar geworden ist, und der Kläger verliehrt den Proceß mit den Kosten; so fragt man: muß der Mandatar die Zahlung leisten, oder kann er sich mit der exceptione laudationis, da er auf seinen Vollmachtgeber hinweißt, schützen? wenigstens dann, wenn der Beklagte die cautio pro expensis nicht gefordert hat? Der geführte Proceß, zeigt dünkt mich deutlich, daß da der Beklagte dem Kläger das Recht nicht zugesteht Forderung zu machen, er auch nicht zugestehe, daß der Vollmachtnehmer befugt war eine Vollmacht gegen ihn, den Beklagten zu übernehmen. Indem er nun von dem Bevollmächtigten gezwungen wird sich einzulassen, so ist dieser die nächste Ursache der unnöthigen Kosten, also auch für die Bezahlung verhaftet. Warum bekümmerte

sich

sich der Bevollmächtigte nicht besser um das, wozu sein Vollmachtgeber befugt war nnd nicht befugt war; hat er der Güte der Sache getrauet, so hat er damit die Gefahr derselben übernommen. Ueberdies: was heißt eigentlich die cautio pro expensis? Die Leistung der Sicherheit ist bloß eine bestimmte Anweisung wo dasjenige hergenommen werden soll, was man zu bezahlen schuldig ist. Keinesweges ist sie ein besonderes Versprechen, zu thun, wozu man nicht verpflichtet ist; wenn dies seyn soll, so muß ein besonderer Vertrag, eine delegatio cum vel sine reservatione vorhergehen. — Bey einer Widerklage findet sich auf der andern Seite die Nichtverhaftung des Bevollmächtigten. Hier hat der Beklagte zugegeben, daß die Forderung des Klägers gegründet sey, seine Einrede besteht nur in einer Gegenforderung. Und indem er von dieser Einrede Gebrauch macht, hat er den Bevollmächtigten als mit Recht bevollmächtigt, anerkannt. Es geht daher die Verbindlichkeit des letzteren auch auf nichts weiter, als die eingeklagte Summe an sich zu halten und auf die Widerklage sich einzulassen, mehr bedeutet die cautio pro reconventione nicht; wenn die Gegenforderung mit der Hauptforderung nicht ganz compensirt werden kann, so muß der Widerkläger sich an den Vollmachtgeber halten, da der Vollmachtnehmer nur die Mittelsperson vorgestellt hat.

Die obige Theorie auf die Fallit-Curatores angewendet, bezeichnet uns die Verpflichtung der Curatoren gegen Dritte. Wenn diese mit jenen als Vorstehern der Masse contrahiren, so haben sie auf die Privat-Perso-

nen der Curatoren keine Hinsicht genommen. Allein wenn die Curatoren für die Masse eine Forderung geltend machen wollen, die der Dritte läugnet; so sind sie im Unterliegungs-Falle, wegen Schaden und Kosten, für ihre Persohn gehaftet, wenn aus der Masse nichts zu nehmen seyn sollte. Der dritte giebt den Persohnen der Curatoren das Unrecht schuld, ohne Ursache ihn beheliget zu haben, und ihn geht es weiter nicht an, ob die Curatores hier aus eigenem Gutdünken, oder aus besonderem Auftrage der Gläubiger gehandelt haben.

Es ist hohe Zeit von den Wirkungen zu reden welche der eingetretene Concurs äußert. Ich habe bisher von der einen Wirkung, von dem Concurs-Verfahren schon im allgemeinen geredet, weil die Folge der Artikel dies veranlaßte; aber ich muß den 9ten Artikel, der schon von einzelnen Geschäften redet, aussetzen, um das Recht in besserer Ordnung vorzutragen.

Art. 10.

Nach verordneter Curatel hören alle Executiones und Arreste auf.

Damit Curatores bonorum in dieser Bemühung, die Massam bonorum zu constituiren, nicht gehindert werden, so sollen sofort, nach ausgebetener und erkannter Commission, alle Exsecutiones auf des Falliti Güter und Effecten, sie rühren her aus welcher Ursache sie wollen, auch alle Universal- und Particulier-Arreste aufhören; zu wessen Behuf das Decretum der erkannten Commission alsobald nach der Raths-Versammlung, auf der Canzelley viermal soll ausgefertiget, und durch die Canzelley-Boten nach der Herren Bürgermeister und Gerichts-Verwalter Diehlen gebracht, und des Endes daselbst verzeichnet werden, damit daselbst weiter keine Exsecutiones angesetzt, in den etwa schon verhängten aber nicht weiter verfahren werde. Und soll der Supplicant die Canzelley-Gebühren pro Decretis & Insinuationibus entrichten.

Vorher kann wegen der auf den Verzug haftenden Gefahr Interims-weise die Wache ins Haus gelegt werden.

Sollte jedoch zu befürchten seyn, daß der Debitor in der Zwischen-Zeit, da die Commission

mission erkannt ist, und Curatores erwählet worden, etwas von seinen Gütern von abhänden brächte, oder andere damit decken wollte, welches letztere jedoch für sich null und nichtig seyn würde; so mag ein jeder Creditor nach vorgängiger Bescheinigung seiner angegebenen Vermuthung von den Herren Gerichts-Verwaltern wol verlangen, daß indeßen eine Wache zur Sicherheit in des Debitoris Haus geleget werde, und werden die Herren Praetores, solches zu verfügen, bis Creditores würklich erwählet sind, sich nicht entlegen.

Arreste auf Güter in fremder Jurisdiction sind verboten.

Würde übrigens jemand nach kund gewordener Insolvence seinen Debitorem vor auswärtige Gerichte ziehen, auf dessen Güter in fremder Jurisdiction Arresta anlegen lassen, und wenn er solche allenfalls zur allgemeinen Sicherheit ob periculum in mora, auf eines ausgetretenen oder flüchtigen Schuldeners Güter angelegt hätte, auf der Curatorum Verlangen nicht sofort wieder cassiren, oder sonst dem Art. 2. tit. 12. Part. 1. Stat. als welcher hiemit aufs neue eingeschärfet wird, zuwider handeln; wider den soll mit der daselbst gesetzten Strafe alles Ernstes verfahren werden.

Ver-

Veränderungen und Zusätze der Deputation.

Die Worte: "nach vorgängiger Bescheinigung seiner Vermuthung„ sind zugesetzt. Ferner der ganze letzte Satz: "Würde übrigens —„. Und, die Aufschrift.

Erläuterung.

Der 10te Artikel gehört zu den besonders wichtigen in dem Falliten-Rechte, weil sein Inhalt, die Wirkungen des eröfneten Concurses betrift; eine Materie, die ihren Einfluß auf das ganze Recht äußert. — Was die Zeit betrift da die Wirkungen eintreten, so habe ich bey dem Art. 2. hiervon gehandelt; ich darf daher diese Materie nicht weiter berühren.

Die Wirkungen des Concurses äußern sich in drey verschiedenen Verhältnissen: 1) in dem Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubigern. 2) In dem Verhältnisse der Gläubiger unter sich. 3) In dem Verhältnisse zwischen den Gläubigern und Dritten. — Das erstere Verhältniß wird in dem vorliegenden Artikel dadurch angegeben, daß es heißt: "die Deckungen des Schuldners sind nichtig.„ Ich verbinde hiermit den ersten Abschnitt des 54sten Artikels der die hier berührte Sache noch bestimmter angiebt. Der 54ste Artikel lautet dem Inhalte nach der hierher gehört folgendermaßen: "dem Debitor ist post declaratam insolven-
"riam alle Administration und Disposition über seine
"Güter gänzlich verboten, und was er ohne Consens der
"Curatorum thut oder handelt ist ipso jure null und
"nichtig.„

Die

Die vorliegenden Gesetzstellen haben zur Absicht: den Gläubigern die Verfügung über das schuldnerische Vermögen, um ihre Befriedigung daraus zu erlangen, zu übertragen; sie tilgen demnach das Verfügungs-Vermögen des Schuldners. — Diese Anordnung ist der Natur der Sache vollkommen gemäß, indem sonst der der Zweck des Concurses, Befriedigung der Gläubiger so viel möglich ist, nicht erreicht werden kann; und die Sache müßte als Recht gelten, wenn auch ausdrückliche Gesetze dieselbe mit Stillschweigen übergängen wären. Es würde daher überflüssig seyn, die gemeinen Rechte welche hierauf hinausgehen aufzuführen.

S. Dabelow Concurs-Recht. 1sten Th. §. 30. mit Beziehung auf Hufeland Lehrsätze das Naturrechts §. 89. und 216. und auf Weber Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. Neueste Auflage von 1795. §. 44.

Weil der Zweck des den Gläubigern übertragenen Rechts, die Befriedigung derselben ist, so sind diesem Rechte dadurch seine Schranken sowohl, wie seine Ausdehnung angewiesen. Es kann dasselbe nicht enger gemacht werden als der Zweck fordert, und eben so wenig weiter; da durch das eine den Gläubigern, durch das andere dem Schuldner Unrecht geschähe. Wenn daher über eine den Gläubigern zukommende Befugniß, die Frage aufgeworffen wird, so kann lediglich dieser Satz: was zur Bezahlung der Forderung dient, ist in Ansehung des schuldnerischen Vermögens erlaubt, mehr aber nicht, — die Entscheidung geben; nach der Rechtsregel:

regel: juri resondet obligatio. Hieraus ergeben sich folgende Folgerungen: 1) die Gläubiger dürfen sich nicht des Eigenthumes über die schuldnerischen Güter anmaßen. Sie können daher nicht die schuldnerischen Güter unter sich theilen, schätzen und an Zahlungsstatt annehmen. Wäre dies erlaubt, so käme der Schuldner in Gefahr den Nachtheil zu leiden, daß seine Schuld weniger abgetragen würde als geschehen könnte; weil die Güter zu niedrig angeschlagen wären. Oder gar wenn zufällige Umstände den Preiß der Dinge erhöheten, so daß von der Masse, wenn alles zu Gelde gemacht wäre, etwas für ihn übrig bleiben würde; daß er diesen Vortheil durch das Annehmen an Zahlungsstatt verlöhre. Und endlich, wenn er nach dem Ausbruche des Concurses noch Mittel finden sollte seine Güter durch anderweitige Befriedigung der Gläubiger wieder einzulösen, daß er eine Weigerung der Gläubiger, die Güter aus den Händen zu lassen, erfahren könnte. — Es giebt allerdings Rechtsgelehrte welche die Begebung des Eigenthums auf Seiten des Schuldners, und die Erwerbung desselben auf Seiten der Gläubiger behaupten.

Homel Rhapsod. Obs. 193. Auch Klaproth summarische Processe §. 299. scheint dies zu behaupten, da er sagt: die Versiegelung müsse geschehen, weil durch den Concurs Güter da wären, die keinen Herrn hätten.

Allein zum Glücke läßt sich diesen bestimmt mit römischen Gesetzen entgegen antworten. Außer dem oben schon angeführten L. 4. C. qui bon. ced. poss. sagt auch L. 3. ff. de cess. bon. daß der Schuldner das Eigen-

thums-

thums-Recht seiner Güter behalte. — Es bestehet die Befugniß der Gläubiger demnach in nichts mehrerem, als mit dem, aus dem Verkaufe der Güter gelößten Gelde sich bezahlt zu machen. Freylich würde man hierbey zu weit gehen, wenn man die Abkaufung eines Gläubigers mit einem Gute aus der Masse, auf keine Weise zulassen wollte, wenn auch der Vortheil der Masse noch so offenbahr dadurch beschaffet würde. Nun würde es ein widersinniges Beharren auf Grundsätzen verrathen, durchaus den Verkauf der Güter zu wollen; indem ja das Beste des Schuldners selbst dadurch befördert wird, wenn er so viel möglich völlig von seinen Schulden befreyet wird. Aber, wie gesagt, der zu bewirkende Vortheil, muß auch nicht dem geringsten Zweifel unterworffen seyn. 2) Die Gläubiger erlangen das Verfügungsrecht über alle Güter die ihnen nützlich seyn können, nicht aber über die welche ihnen keinen Nutzen gewähren. Die Gläubiger erhalten sowohl an die Güter welche dem Schuldner eigenthümlich gehören, das Recht, als auch an die Einkünfte des Schuldners. Dahin gehören: die Besoldung welche ein Amt bringt, das der Schuldner während der Dauer seines Concurses behalten würde. Leibrenten und Einkünfte welche der Schuldner von Gütern zieht, deren Substanz nicht angegriffen werden kann. Alle diese Vortheile erlangen die Gläubiger aus dem Grunde, weil von dem ganzen Vermögen des Schuldners nichts ausgeschlossen werden kann, was zu ihrer Befriedigung dient. Nur die Ausnahme muß man gegen die Beziehung der schuldnerischen Vortheile gelten lassen, wenn nehmlich die Persohn des

Schuld-

Schuldners dabey ausgesucht wäre, welche sie erhalten solle. In diesen besonderen Fällen freylich, muß der Schuldner den Nutzen allein genießen; nicht aber deswegen, weil der Schuldner über die Substanz der Güter nicht zu verfügen hat, sondern allein darum, weil die Einkünfte ihrer Natur nach nicht von den Gläubigern genossen werden können.

Dabelow in dem mehrmals angeführten Buche: Th. 1. §. 32. setzt diese Materie sehr bestimmt aus einander, und vertheidiget sie, gegen die Gründe der hier widerstreitenden Rechtsgelehrten.

Das Beyspiel des usus und des ususfructus, (Gebrauch und Nießbrauch) wird zur Bestätigung meiner Behauptung beytragen. Wer, nehmlich, den Gebrauch, usus, eines Hauses hat, dessen Recht ist so sehr auf seine Persohn beschränkt, daß dasselbe niemanden anders übertragen, folglich auch zum Nutzen der Gläubiger nicht angewendet werden kann. §. 1. 2. J. de usu et habit. Wer hingegen den Nießbrauch, ususfructus, einer Sache hat, kann diesen auf jede Art, die mit der Substanz der Sache bestehen kann, anwenden; folglich können auch die Gläubiger den Nutzen davon ziehen.

Walch Controvers. Sect. 2. cap. 3. §. 12.

Ferner erhalten die Gläubiger, nicht allein an die gegenwärtigen Güter des Schuldners, ein Recht, sondern auch an diejenigen, welche der Schuldner während des Concurses erwirbt. Weil das Recht zum Erwerbe, zu dem Vermögen das den Gläubigern zukömmt, gehört. Darum kann der Schuldner, einer Erbschaft während des Con-

curses nicht entsagen. (S. oben bey dem 1sten Art. S. 72. und Art. 31. §. 4. Falliten-Ordnung.) Hierbey ist indeß die Regel zu merken, das die Rechte der Gläubiger auf das was der Schuldner erwirbt, sich nicht über die Dauer des Concurses erstrecken. Nachher behalten sie kein mehreres Recht, als, so ferne ihnen das Nachmahnungs-Recht zu Diensten kömmt. L. 6. ff. de cess. bonor. — Die Gläubiger können bey diesem weit umfassenden Rechte, dagegen auf dasjenige keinen Anspruch machen, was ihnen keine Bezahlung ihrer Forderungen gewährt. Es wird die Behauptung, daß die Gläubiger sich aller Rechte des Schuldners anmaßen könnten, von einigen so übertrieben, daß wie Puttmann,

Adversar. Jur. univers. Lib. I. pag. 207.

sagt, nicht viel daran fehlt, auch das jus thori des schuldnerischen Ehemannes zu den Befugnissen der Gläubiger zu rechnen. Der Absicht des Concurses entsprechen nur die Rechte, die mit Geld-Einkünften verbunden sind; alle übrigen liegen außerhalb dem Kreise der gläuberischen Gerechtsahme, und können dem Schuldner nicht entzogen werden. Dahin gehört das Patronat-Recht über eine Kirche.

J. H. Böhmer I. eccles. Prot. Lib. 3. Tit. 38. §. 3.

Eine fernere Folge, des den Gläubigern übertragenen Verfügungs-Rechtes ist: 3) daß der Schuldner wie ein caput mortuum betrachtet wird, und ohne der Gläubiger Erlaubniß nicht mehr contrahiren kann. Alles demnach was der Schuldner nach ausgebroche-

nem

nem Concurse in Beziehung auf sein Vermögen unterhandelt, ist nichtig. Es mag der Contrahent ein Mit-Gläubiger seyn oder ein Fremder, so kann er von dem Schuldner nun nichts mehr erwerben, und was er empfangen hat, muß er der Masse wieder herausgeben. Der Betrogene kann dabey sich an niemanden als an die Persohn des Schuldners halten, um seinen Schaden ersetzt zu erlangen. Die Masse kann ihm nichts ersetzen, weil sie nicht reicher durch den Contract ihres Falliten geworden ist; und sie kann den Contrahenten auch nicht als Concurs-Gläubiger anerkennen, weil er erst nach dem Concurse Gläubiger geworden ist. Es giebt zwar Rechtsgelehrte welche einen Unterschied machen, ob der andere Conrtahent in bösem oder in gutem Glauben ist; und die im letzteren Falle die Zurückforderung nicht gestatten wollen, wenn die Masse nicht das dafür Gegebene ersetzte. Allein die Behauptung ist auf eingebildete Billigkeit gegründet. Denn, wenn es auch der Fall wäre, daß der Contrahent von dem Concurse nichts gewußt hätte, oder gar nicht einmal hätte davon wissen können; so bleibt es doch ein wahrer Satz, daß, sobald der Schuldner in die Unfähigkeit zu contrahiren gekommen ist, äußere Umstände ihn nicht nicht wieder fähig machen können, Oeltze

in Diss. de creditore sibi vigilante

wendet hier die Lehre von der Condictione sine causa, gewiß mit vielem Rechte an. Wem von einem Falliten etwas übertragen ist, der hat ohne rechtlichen Grund erhalten. Mit der Condictio nun, kann jede Sache oder im Falle sie nicht mehr da ist, deren Werth, von dem

zurückgefordert werden, welcher den Nachtheil durch die unrechtliche Veräußerung erfährt; und zwar ohne daß der Beklagte Schadensersatz von dem Kläger fordern dürfe. Daher sind auch die Gläubiger vollkommen gerechtfertiget, wenn sie eine von dem Falliten veräußerte Sache von dem Empfänger in gutem Glauben, abfordern. Oelrze beweißt noch ferner

im §. 5. seiner angeführten Diss.

die Gerechtigkeit der Sache daß der Contract nichtig sey, aus dem Grunde: weil bey dem schuldnerischen Vermögen dieselben Rechte angewendet werden können, welche bey einer re litigiosa statt haben. Dort muß der Erwerber der Sache, sie dem Kläger, der sie durch das Urtheil gewonnen hat, herausgeben; also auch hier, wo der Concurs der Sache die Unveräußerlichkeit beygelegt hat.

S. hierbey Dabelow a. a. O. 1sten Th. §. 80.

Das hamburgische Falliten-Recht enthält in den obenstehenden Artikeln, das Recht der Zurückforderung sehr deutlich. Denn, indem es in dem einen Artikel heißt: daß die Deckungen nichtig wären; in dem andern: daß die Disposition des Schuldners ipso jure nichtig sey; so ist die natürliche Folge, daß bey dergleichen geschehenen Veräußerungen, alles wieder in den vorigen Stand gesetzt werden muß. — Am wenigsten Schwierigkeit bey der Zurückforderung ist da vorhanden, wo die Veräußerung des Falliten, in einer Deckung eines Gläubigers bestand. Und es mag nun auf eine noch so künstliche Art geschehen seyn, — habe der Schuldner selbst

die

die Deckung beschaft, oder mag es durch andere geschehen seyn, sobald nicht die Veräußerung vor ausgebrochenem Concurse vorgenomnen ist, so hat der andere nicht rechtsbeständig erworben. Das oben bey dem 2ten Artikel S. 172. angeführte Beyspiel entscheidet für die Beobachtung des Rede stehenden Rechtes. Die dort sogar wider Willen des Falliten geschehene Cession eines Gläubigers an einen Schuldner, wurde nur darum für gültig erkannt, weil sie vor Eröfnung des Concurses geschehen war.

Noch eine Bemerkung kann ich bey der gegenwärtigen Materie nicht unterlassen; nehmlich daß die Rechte des Contrahenten gegen die Gläubiger mit denen gleich seyn müssen, welche die Gläubiger gegen ihn haben. Wenn der Fallite zum Vortheile der Masse eingehandelt hätte, indem er seine Unfähigkeit zu contrahiren verheelte, sollte dann z. B. der Verkäufer die verkaufte Sachen der Masse hinzugeben gezwungen seyn, wenn diese es vortheilhaft hielte sie zu nehmen, und den bedungenen Kaufpreiß zu geben? Nein, die Rechte die die Masse ausüben will, muß sie auch gegen sich gelten lassen, und da der Contract in dem einen Falle nichtig seyn soll, muß er es in dem andern ebenfalls seyn. Zwar ist die nächste Ursache des Gesetzes, den Nachtheil der Masse zu verhüten; allein es ist doch allgemein ein Grundsatz bestimmt, aus dem jene rechtliche Folge hervorgeht. Und läßt man es erst gelten, um des einseitigen Nutzens willen die Folgen des Grundsatzes zu deuteln, so ist der Grundsatz selbst schon erschüttert, und

ein Beyspiel gegeben, daß sich gegen seine Anwendung einreden läßt.

Indem der Fallite ein caput mortuum wird, so verliehrt er in Ansehung seines Vermögens das jus standi in judicio, (das Recht gerichtlich aufzutreten). Der Art. 54. verordnet dieses in den Worten: "was er ohne Consens der Curatoren thut, ist nichtig." Ein Schuldner kann demnach wegen einer, auf seine Schuldmasse sich beziehenden Sache, weder in Rechten für sich antworten, noch auch eine Forderung die zur Masse gehört einfordern. Diese Sache ist klar, und findet nicht leicht Widerspruch in den Gerichten. Denn obgleich das gemeine Recht hierüber nicht bestimmt abspricht, so ist die Sache der Natur des Concurses so sehr gemäß, daß man nicht fragen darf, ob sie im Civil-Rechte geschrieben ist.

S. über die ganze Lehre: Stepf Systematische Lehre vom Contradictor. Nürnberg 1791.

Allein nun fragt sich: kann der Fallit in seiner Concurs-Sache als Zeuge aufgeführt werden? und wiederum: giebt die Behauptung desselben einen Grund zur Klage und zur Einrede ab? Es giebt Rechtsgelehrte welche behaupten, daß der Schuldner weder über die Wahrheit einer Sache, in welcher die Curatores processiren, gehört werden dürfte, noch, daß die Curatores auch nur zum Beweise der Sache (z. B. durch Eydeszuschiebung) gelassen werden könnten, die sie geständlich auf nichts anders, als auf die Aussage des Schuldners stützten. Weil sowohl Klage als Einrede abgewiesen werden müssen, deren Gründe nicht wahrscheinlich gemacht sind.

Klap-

Klaproth Grundsätze von Verfertigung der Relationen. §. 86. 87. 90.

Indeß hat diese Meynung durchaus keinen rechtlichen Grund, sondern sie ist vielmehr den Rechten zuwider. Denn der Bankerott entfernt den Falliten nicht davon, Erläuterung über eine Sache zu geben, und nimmt auch seiner Glaubwürdigkeit nichts; vielmehr gebieten die Gesetze, daß er den Curatoren mit Instructionen über die Lage seiner Sachen entgegen kommen soll.

S. Klaproth summarische Processe. Tit. Vom Contradictor. §. 337. 41.

Der Manifestations-Eyd des Falliten, in unserer Falliten-Ordnung, weißt ihn besonders hierzu an. Ein Beklagter widerspräche also offenbahr dem, was dem Falliten zur Pflicht gemacht ist, wenn er gegen die Klage der Curatoren, excipiren wollte: "es gründe sich die "Klage auf nichts als auf die Behauptung des Falliten, "diese wäre von durchaus keinem Gewichte, weil der "Fallite caput mortuum sey; und da Kläger ihre "Klage durch Gründe der Wahrscheinlichkeit unterstützen "müßten, ehe der Beweiß derselben aufgelegt werden "könnte, so müsse des Beklagten Abläugnen der Klage, "ihn gänzlich entbinden." — Wenn der Beklagte ferner gegen den in der eingeklagten Sache zum Zeugen aufgestellten Falliten, excipirte: "dieser wäre nicht fähig, im Gerichte aufzutreten;" so hätte er zwar wiederum unrecht. Denn der Fallite wird nur in so ferne als caput mortuum betrachtet, daß er nicht für sich gerichtlich handeln kann; nicht aber um die Wahrheit einer Sache an den Tag zu bringen. (Es werden ja

auch Minderjährige, die ebenfalls kein Recht gerichtlich aufzutreten, haben, zum Zeugnisse gelassen). Allein der Fallite wird im vorliegenden Falle nicht zeugen können, weil er dabey als Zeuge in seiner eigenen Sache anzusehen wäre. Als Zeuge wird hingegen der Fallite von demjenigen aufgestellt werden dürfen, der gegen die Masse zu beweisen hat. Der Fallite ist es, der Auskunft über einen Vertrag zum Beyspiele, geben kann, den der wider die Masse Handelnde vorträgt. Hier paßt der Grund nicht, daß der Fallite Zeuge in eigener Sache wäre; denn der, der gegen die Masse ist, fordert ja den Falliten dazu auf; nur ihm stand diese Einrede zu.

S. Leyser Spec. 283. med. 27.

Der Verlust des Rechtes in judicio stándi des Schuldners, ist in der Absicht verordnet, um die Ausübung der Rechte der Gläubiger, von allen Schwierigkeiten frey zu stellen. Wovon am Ende des gegenwärtigen Abschnittes gehandelt wird. In allen Fällen daher, wo die Sache der Absicht nicht entspricht, kann auch dem Falliten selbst zu handeln das Recht nicht abgesprochen werden. Ferner hat der Fallite, als solcher, Rechte; und man würde diese zum Unding machen, wenn man es ihm nicht gestatten wollte, dieselben durch richterliche Hülfe geltend zu machen indem die Masse sie ihm weigerte. Was diese letzteren Rechte betrift, so darf ohne Zweifel der Fallite darauf bestehen, daß ihm entweder Alimente und die nothwendigen Lebensbedürfnisse gereicht werden, oder erlaubt werde ein erwerbendes Geschäft anzufangen. (Art. 35. Falliten-Ordnung). Er darf ferner die Befugniß geltend machen, Erbschaf-

ten,

ten, in dem, im Art. 31. bestimmten Falle, entsagen zu können. Er darf im allgemeinen die über ihre Befugnisse gegen ihn hinausgehenden Gläubiger und Curatores, zu ihrer Pflicht anhalten. — Hier tritt er klagend gegen die weigernde Masse auf, und hat alle Gerechtsahme eines klagenden Theiles zu genießen. Die beklagte Masse wird ihm zu Schaden und Kosten gehalten seyn.

Schröteringk Diss. de Obaerato tam naturaliter quam civiliter tali. Goettingae 1791. führt §. 25. mehrere nach den obigen Grundsätzen abgeurtheilte Fälle an. Der Fallite G. R . . . suchte und erhielt im Jahre 1762 ein Inhibitorium an die Curatores, die schuldnerischen Güter zu verkaufen, weil er in den Stand gesetzt war, dieselben einzulösen. — Die Falliten H. und O. processirten gegen ihre Curatores, welche ausstehende Forderungen dem meistbietenden Gläubiger zuschlagen wollten. Und wurden nur abgewiesen, weil sie keinem Nachtheil daraus angeben konnten. (Ein Beweiß der oben S. 272. aufgestellten Behauptung).

Daß endlich der Schuldner vollkommen fähig ist im Gerichte aufzutreten, wenn die Gläubiger ihm die Verwaltung der Güter wieder übergeben haben (Art. 37. Falliten-Ordnung), bedarf in Absicht auf die Gläubiger keiner weiteren Ausführung. Hier haben die Gläubiger ihr Verfügungs-Recht über das schuldnerische Vermögen ganz aufgegeben, wie sie es, da sie dem Falliten erlauben Geschäfte zu treiben, zum Theil aufgegeben haben.

Die Wirkung des an die Gläubiger übergegangen Verfügungs-Rechtes, daß der Schuldner ohne Erlaubniß nicht ein Gewerbe treiben darf; und daß er den Befehlen der Curatoren Folge leisten muß, (Art. 35. 36. Falliten-Ordnung); ist eine besondere Bestimmung des hamburgischen Rechtes, und findet sich im gemeinen Rechte, wenigstens nicht ausdrücklich. Indeßen ist das letztere, daß der Schuldner sich befehlen lassen muß, eine Folge des Grundsatzes, daß der Schuldner alles beytragen müsse, was zur Berichtigung seiner Masse dienlich ist; und aus diesem Grundsatze rechtfertiget sich das Gesetz vollkommen. Sonst freylich darf sich der Schuldner nicht zu Geschäften gebrauchen lassen, die zur Ordnung seines Creditwesens nicht gehören. Es kann ihm nicht aufgelegt werden um Lohn zu arbeiten, und kärglich zu leben, so daß die Masse den Ueberschuß des Verdienstes an sich ziehe. Dies wäre gewissermaßen eine Sclaverey, welcher sich aber die Gläubiger nicht anmaßen können, da ihnen nach heutigen Rechtsgrundsätzen der Schuldner zu Hand und Halfter nicht mehr gegeben wird. Der Fallite bleibt ein freyer Mann.

Runde deutsches Privat-Recht. §. 209.

Daß der Schuldner kein Gewerbe treiben darf, ist allerdings eine harte Auflage für den, der in der Fortsetzung seines Gewerbes die einzige Hofnung seines künftigen Fortkommens sieht. Betrachtet man die Sache im allgemeinen, so läßt sich auch wirklich der Nachtheil nicht einsehen, den die Gläubiger davon haben könnten, daß ihr Schuldner seinem Verdienste nachgeht. Durch

sein

sein Stillesitzen bereichert er die Masse nicht, und macht auch den Zustand der Gläubiger nicht besser. Wollte man dem gegenwärtigen Gesetze den Grund unterlegen, daß man habe verhüten wollen, daß nicht der Schuldner durch seinen Erwerb bequem lebe, indeß die Gläubiger sich eine ärmliche Masse theilten; — so würde dies sehr unanständig von der Güte der Gesetzgeber gedacht seyn; welche doch sonst in der Falliten-Ordnung keine Ursache zu dem Verdachte gegeben haben, als wollten sie den Unglücklichen drücken. Wahrscheinlich ist der Grund der Verordnung der, daß man bey dem Concurse eines Kaufmannes gefürchtet hat, es würde der Berichtigung seines Creditwesens hinderlich seyn, wenn die Handlung des Falliten fortgesetzt würde indem vielleicht seine Freunde ihm Geld dazu vorstreckten. — Weil indeßen dieser Grund nur in besonderen Fällen paßt, so würde eine Abänderung des obigen Gesetzes, dahin, sicher Beyfall finden: daß die Gläubiger nur aus erheblichen Ursachen dem Schuldner ein Gewerbe zu treiben, verwehren dürften.

So weit von dem Verhältnisse des Schuldners mit den Gläubigern; die Betrachtung der Wirkungen des Concurses, (S. 269.) geht nun weiter: auf das Verhältniß der Gläubiger unter sich. — Der Zweck des Concurses ist die Befriedigung der Gläubiger insgesammt, nach den Regeln, welche vorgeschrieben sind wenn die Gläubiger nicht einzeln alle befriediget werden können. Daher tritt von dem Augenblicke des eröfneten Concurses bis zur Berichtigung der Masse, eine Gleichheit der gläuberischen Rechte ein. Keiner kann noch für

jetzt

jetzt einen Vorzug vor dem andern begehren, und Bezahlung für sich verlangen. Sondern die Masse gehört allen gemeinschaftlich an, und alle werden für eine moralische Person angesehen. Zur Bestätigung dieser in der Natur der Sache liegenden Wahrheit, heißt es im L. 6. §. 7. ft. quae in fr. ausdrücklich par omnium conditio facta est.

S. Gmelin materieller Concurs. §. 9.

Aus diesem Grundsatze folgt nunmehr: 1) das Recht zur gemeinschaftlichen Betreibung der Concurs-Sache. — Wie aber die Gläubiger dieses Recht ausüben sollen, darüber entscheiden die besonderen Concurs-Ordnungen. Natürlich kann nicht jeder einzelne Gläubiger die Ausführung der Sache besorgen; sondern sie müssen sich damit begnügen, daß durch eine gesetzlich eingerichtete Verwaltung, in ihrem Namen gehandelt wird. Allerdings scheint den Gläubigern ihr Ausübungs-Recht zu sehr beschränkt zu seyn, wenn die Concurs-Ordnungen die Führung der Sache einem Gerichte übertragen. Es ist daher, wie schon weiter oben bemerkt worden, eine sehr vortrefliche Einrichtung in Hamburg, daß den Gläubigern viele Concurrenz bey dem Concurse dadurch gestattet ist, daß aus der Gläubiger Mitte die Curatores genommen werden, daß diese durch die Gläubiger gewählt werden, daß die Gläubiger bey wichtigen Angelegenheiten befragt werden müssen, und daß die Stimmenmehrheit derselben entscheidet. 2) Ist eine Folge der Gemeinschaft der Gläubiger: das Aufhören der Verfolgung des Schuldners von einzelnen Gläubigern, das Aufhören der angesagten Arreste, und die Nichtausführung

rung der erkannten Executionen, ungeachtet der Rechtskraft der Urtheile. — Unbestrittene, und von den Rechtsgelehrten allgemein anerkannte Rechtssätze.

Struben rechtliche Bedenken. 4ter Th. Bd. 37.

Wernher Obs. forens. T. II. P. VIII. obs. 271.

Die nur in Ansehung der Forderungen eine Ausnahme leiden, welche vor andern so durchaus liquide sind und den Vorzug haben, daß die Bezahlung derselben, nach geendigten Concurs-Processe dennoch dieselbe seyn würde.

Leyser Spec. 479. in Coroll.

Von dem Zustande des Falliten während des Concurses handelt der Art. 35, besonders; ich werde also dort, das hier erwähnte Aufhören der Verfolgung, mit mehrerem ausführen.

Alle Executionen und Arreste, sowohl Universal- als Particulair-Arreste, sagt unser Art. 10., sollen gleich nach eröfnetem Concurse aufhören. Laut dieser Verordnung demnach muß der Richter 1) in Betref der Executionen, den Befehl zur Exequirung des Schuldners zurücknehmen, und 2) in Betref der Arreste kein Verfahren weiter zugeben, sobald er von dem Concurse Wissenschaft erhalten hat. Diese kömmt ihm officiel dadurch zu, das ihm das Decret der erkannten Commission, von der Canzeley zugefertiget wird. — Ueber die Arreste habe ich folgendes vorzutragen. Ein Arrest wird gelegt, wenn ein Gläubiger zur Sicherung der künftigen Execution einer eingeklagten Forderung, ein Gut des Beklagten durch richterliches Gebot anhält. Um einen solchen Arrest gegen einen hiesigen Bürger zu erhalten,

müssen

müssen die Umstände des Beklagten bedenklich seyn, er muß keine Sicherheit sonst bestellen wollen oder können; und auf der Seite des Klägers muß die Richtigkeit seiner Forderung große Wahrscheinlichkeit haben. Bey alle dem wird der Arrest nur auf des Impetranten Gefahr erkannt, er haftet fur Schaden und Kosten. Die Gegenstände des Arrestes können alle Güter des Schuldners seyn, dann ist der Arrest, universal. Und sobald mehrere Gläubiger da sind, wird ein Concurs aus dem Processe; nur wenn der Arrestirende einziger Gläubiger wäre, oder die andern abzukauffen wüßte, würde er den Proceß für sich allein fortsetzen dürfen. — Geht hingegen der Arrest nur einzelne Güter namhaft an, so ist dies ein Particulair-Arrest. Diese einzelnen Güter sind entweder liegende Gründe, dann entsteht der Impugnations und Prosequtions-Proceß; oder bewegliche Güter, dann entsteht der eigentliche Arrest-Proceß.

Hat nun ein Gläubiger einen Universal-Arrest-Proceß gegen seinen Schuldner erhalten, so muß er vom weiteren Verfahren abstehen, sobald der Concurs eröfnet ist, und seine Sache den Curatoren der Masse übergeben; welche dann nach Befinden, den Arrest-Proceß Namens der Masse fortsetzen oder ihn aus seyn lassen. Wie solches im 12ten Artikel mit mehrerem vorkommen wird. — Ist es Particulair-Arrest-Proceß den ein Gläubiger bey dem Eintritte des Concurses führt, so wird ihm ebenfalls die Fortsetzung der Sache nun nicht mehr erlaubt, sondern er wird mit seiner Forderung zur Liquidirung und Classificirung an die Masse gewiesen. Eben dies gilt wenn der Gläubiger der nicht mit einer

Special

Special-Hypothek versehen ist, die Umschreibung eines Erbes impugnirt oder prosequirt hat; die Curatores treten an des Klägers Stelle, und dessen Sache wird, mit der gemeinschaftlichen Sache der Gläubiger geführt. Nun ist zwar die Eröfnung des Concurses eine unangenehme Begebenheit für die arrestirenden Gläubiger, auch giebt es Fälle daß sie dagegen protestirt haben, und abgesondert haben werden wollen. Allein diese Widersetzlichkeit ist ganz unnütz; einige Gläubiger haben kein Recht den andern die Theilnahme an dem da seyenden Vermögen, durch Erregung des Concurses, zu wehren; und der erlangte Arrest giebt kein Absonderungs-Recht, wie wohl behauptet wird.

S. von Trütschler Lehre von der Präclusion. Leipz. 1781.

Keinesweges kann auch aus dem erlangten Arreste ein Pfand-Recht behauptet werden. Denn wenn die Sache auch als annalog mit der römischen Immissio angesehen werden soll, so gab ja die Immissio ex primo decreto weiter nichts als das Gewahrsahm der Sache; das decretum secundum erkannte sie erst dem Gläubiger zu, um seine Befriedigung daraus zu nehmen. Wenn also der Concurs eingetreten ist, ehe dem Kläger im Arrest-Proceß die Sache zuerkannt, oder, weil auch keine Execution dann mehr gestattet wird, ehe das zuerkennende Urtheil in Ausführung gebracht worden; so kommen die arrestirten Sachen zur Masse. Nur die, mit einer Special-Hypothek versehenen Gläubiger können ihre Prosequtions-Processe fortsetzen, ohne sich an den Ausbruch des Concurses zu kehren; denn sie werden nach hamburgischem

gischem Rechte abgesondert aus dieser Special-Hypothek bezahlt. Es ist demnach der Fall hier, wie oben mit Anführung Leysers erwähnt ist.

Die Arreste bey einem Concurse zu tilgen, hat begreiflicherweise keine Schwierigkeit, wenn sie unter hamburgischer Gerichtsbarkeit angelegt sind; aber, wenn Güter in der Fremde arrestirt worden sind, und vor fremden Gerichten der Proceß darüber geführt wird, so kostet es freylich mehr Mühe die Sache an das hiesige Gericht des Concurses zu ziehen. — Zur Begründung des Rechtes der gemeinschaftlichen Masse unter einem Gerichte, haben die Rechtsgelehrten ein allgemeines Concurs-Gericht anerkannt, dessen Eigenschaft in der anziehenden Kraft besteht, durch welche es: 1) alle gegen den Schuldner anhängigen Processe, zur Entscheidung an sich bringen, 2) alle in der Fremde belegenen Güter des Schuldners, seiner Verfügung unterwerffen soll. Um die Masse nach den Rechten, welche bey dem allgemeinen Concurs-Gerichte bestehen, concursmäßig zu vertheilen.

Diesem Grundsatze zufolge, kann nun nicht in mehreren Gerichten Concurs erhoben werden, wenn auch die Güter des Schuldners noch so sehr zerstreuet und allenthalben dabey Gläubiger vorhanden wären. Ein Gericht entscheidet über alles, bey diesem sollen sich alle Gläubiger und Schuldner der Masse einfinden müssen. — In der Theorie läßt sich alles dieses gut einrichten, aber wenn der Satz nun practisch gemacht und gefragt wird: wo ist denn das allgemeine Concurs-Gericht? so zeigen sich die Schwierigkeiten; man kann über die Beantwor-

tung

tung dieser Frage in der juristischen Welt nicht einig werden. Ein Beweiß, daß der aufgestellte Rechtsatz: es gäbe ausschließend, ein allgemeines Gericht, — nicht brauchbar ist. Das Gericht des Wohnorts des Schuldners (forum domicilii), behaupten einige wäre dies competente Gericht; — wo der größte Theil des Vermögens sich befinde, andere.

S. bey Dabelow a. a. O. 1sten Theil. §. 54. die Schriftsteller dieser verschiedenen Meynungen.

Der Grund, mit dem das forum domicilii als das competente Gericht behauptet wird, ist der: weil hier der Beklagte auf alle Klagen zu antworten schuldig wäre. Der Grund für die andere Meynung: weil hier der gröste Gegenstand der Bezahlung zu heben wäre.

Hätte das Concurs-Gericht weiter nichts zu thun als das Formelle des Concurs-Processes zu leiten, so würde man nicht anstehen dürfen, der ersteren Meynung Beyfall zu geben. Weil, wenn auch der Schuldner nicht selbst den Concurs erklärt, dadurch also das Gericht zur Betreibung des Processes angeht, — die Gläubiger erst die Persohn des Schuldners aufsuchen müssen, um gewiß zu seyn, daß er nicht bezahlen könne, ehe sie den Concurs fordern dürfen; und dann das Gericht des Wohnorts ihnen zum Concurse das nächste ist. Allein, weil das constituirte Gericht alle Güter zu sich nehmen und nach dem Rechte seines Landes, den Gläubigern die Bezahlung daraus geben soll; so kann ich die Ursache nicht finden, warum der fremde Gläubiger sich unter die Gesetze des Landes beugen solle wo sein Schuldner wohnt; wenn er sonst seine Bezahlung in dem Lande er-

heben könnte, wo die Güter des Schuldners lagen. Positive Gesetze für die Statthaftigkeit des allgemeinen Concurs-Gerichtes giebt es nicht, vielmehr ist die Analogie des römischen Rechts im L. 2. ff. de cur. bonor. dawider. Also müßte zur rechtlichen Begründung doch in der Natur der Sache etwas liegen, welches verhinderte, daß die Güter nicht nach dem Rechte des Landes, worin sie sich befinden, ausgetheilt werden könnten. — Ich werde die Gründe welche dafür angeführt werden, vorlegen und prüfen.

An ein allgemeines Concurs-Gericht müssen die in der Fremde liegenden Güter gelangen, sagt man; 1) weil sonst die Gleichheit der Rechte der Gläubiger nicht statt haben könne. — Ja; aber die Nothwendigkeit der Gleichheit kann auch nur bey denen Gläubigern behauptet werden, die unter einem einzigen Gerichte stehen, oder sich ihrer Forderung wegen, freywillig darunter begeben. 2) Weil die Masse nicht gehörig nach den Gesetzen des Gerichts, wo der Concurs eröfnet worden, vertheilt werden könne. — Richtig; aber dazu ist auch keine Nothwendigkeit vorhanden. 3) Es gereiche selbst zum Nachtheile des Schuldners, wenn nicht alle Güter nach einem Concurs-Rechte vertheilt würden. — Sehr wahr; allein darum bekümmert sich auch der Gläubiger nicht.

Alle diese vorgetragenen Gründe dafür, daß es ein allgemeines Concurs-Gericht gäbe welches alle Güter an sich ziehe, enthalten offenbahr die Voraussetzung: das Fallissement habe die Wirkung, daß alle und jede Gläubiger welche jetzt Bezahlung forderten

derten sich in den Concurs einlassen müßten, nirgends einer, andere Gelegenheit zur Bezahlung ergreiffen dürfte. Allein läßt sich wohl in Wahrheit diese Voraussetzung annehmen? Ich kann mich von der Statthaftigkeit einer solchen Lehre, nicht anders überzeugen, als wenn ein allgemein als verbindlich geltendes Gesetz, in den Gerichten der ganzen cultivirten Welt, darüber angenommen wäre. Sonst, was geht den Spanier, das deutsche Gesetz, welches dies beföhle an; müßte er sich deswegen hindern lassen, aus dem Gute das unter der Gerichtsbarkeit seines Landes liegt, sich bezahlt zu machen? Nun aber da nicht einmal ein Reichsgesetz darüber vorhanden ist, so kann man dies auch von den Bürgern der verschiedenen Staaten Deutschlands nicht behaupten. — Wollte man den Rechtsgrundsatz an die Stelle des Gesetzes setzen; so müßte dieser wenigstens anerkannt seyn. Und, man mag noch so viel Gutes von dem Satze sagen, daß der Concurs auf alle gleiche Wirkung haben müsse; er ist so wenig über alle Einwendungen erhaben, daß vielmehr die Gegengründe allgemeiner für gerecht erkannt werden. Wenn es eine unbestreitbare Regel der Gerechtigkeit ist, daß wo das Uebel der Insolvenz einmal eingetreten sey, es die angemessenste Maaßregel wäre den Verlust auf alle zu vertheilen; so müßte, um mit diesem Rechte allenthaben zufrieden zu seyn, die erste Bedingung darin bestehen, daß es ein allenthalben gleiches Concurs-Recht gäbe, und daß keine Vorzüge der Gläubiger unter einander gölten. Denn, wenn es in einem Lande schwerer ist, Bezahlung aus der Masse zu erhalten, wie in dem

andern; wenn in dem einem Lande die hypothecarischen Gläubiger, den chyrographarischen, alles wegnehmen, in dem andern eine gleichmäßigere Befriedigung rechtens ist; welche Obrigkeit wird da gerne die in Händen habenden Güter seinen Bürgern wegnehmen wollen, um diese Gläubiger in dem Concurs-Gerichte auf Befriedigung lange warten und in eine Classe stellen zu lassen, wo sie nichts zu hoffen haben. So lange demnach die Gesetze der verschiedenen Gerichte noch verschieden sind, so lange ist die Forderung nicht gerechtfertiget, daß der Grundsatz, der Gleichheit der Gläubiger, als allgemeines Gesetz anerkannt werden sollte, daß die Gläubiger alle sich einem Concursrechte unterwerffen müßten, und daß der Vortheil des Schuldners ihnen eine Pflicht auflege.

Dann, nur dann, verweigert der fremde Richter mit Unrecht die Auslieferung der unter ihm liegenden Güter, oder die Vertheilung derselben nach dem Rechte des Concurs-Gerichtes, wenn sich keine Gläubiger darauf gemeldet haben. Nun sind ja die Gläubiger darüber einig, wie sie gerichtet werden wollen, und gehen den fremden Richter nur um die Ausführung ihrer Uebereinkunft an. Da würde es widersinnig seyn, den Gläubigern die Concurs-Rechte dieses fremden Landes aufzudringen. Sonst aber, übt der Richter nur eine Handlung seines Amtes aus, wenn er auf die unter ihm liegenden Güter Gläubiger zuläßt; die Güter bey geringerem Werthe als die Forderungen sind, concursmäßig vertheilt, also einen besonderen Concurs darüber eröffnet; und auf die Reclamationen des angeblichen allgemeinen

meinen Concurs-Gerichtes keine Rücksicht nimmt. Bewährte Rechtslehrer sind der vorgetragenen Meynung;

S. Klaproth summarische Pr. §. 294, und die in der Note e. von ihm angeführten Schriftsteller.

Reichardt D. de effectu fori concursus creditorum universalis ratione bonorum territorii alieni. Jen. 1775.

Wer dieser Meynung ist, erkennt also nur in dem Lande wo bey allen Gerichten gleiches Recht gilt, das Gericht wo der Schuldner wohnt und wo Concurs eröfnet ist, als allgemein für die Bürger dieses Landes an. Und nur dann die anziehende Kraft auf die im Auslande liegenden Güter, wenn sich dort keine Gläubiger darauf melden.

Die Benennung: besonderer Concurs, für den Concurs, welchen der Richter über die unter seiner Gerichtsbarkeit liegenden Güter erhebt, ist darum nicht herrschend, weil man zugleich einem allgemeinen statt gäbe, wodurch ja der besondere Concurs ein mißbräuchliches Verfahren genannt würde; es wird nur dadurch ausgedrückt, daß der Richter unter dem der Schuldner nicht wohnt, sich gewöhnlich damit nicht abgiebt, die unter ihm liegende Masse durch Herbeyschaffung ausstehender Güter zu vermehren; sondern dies dem Richter des Wohnortes überläßt. Allein, daß ein Richter unter dem schuldnerische Güter sich befinden, nur auf diese durchaus beschränkt wäre und auf Andringen einiger Gläubiger sein Gericht nicht allgemeiner zu machen suchen könnte, daß er stille sitzen müsse, weil der Richter des schuldnerischen Wohnortes sich damit beschäftigte, die Edictal-Citation zu erlassen, die nicht

erschienenen Gläubiger zu präcludiren, Universal-Arreste zu erkennen, und Requisitorial-Schreiben an andere Gerichte auszufertigen, — davon sehe ich die Nothwendigkeit nicht. Auch beweißt die Erfahrung, und der unter den Rechtsgelehrten vorhandene Streit: ob der Richter des Wohnortes, oder der, unter dem das gröste Vermögen des Schuldners sich befände, das allgemeine Concurs-Gericht habe? die Statthaftigkeit der Sache: daß mehrere Gerichte die sich die Allgemeinheit anmaßen, vorhanden seyn können.

Es wird zu mehrer Bestärkung der hier behaupteten Sache dienlich seyn auch noch diejenigen Gründe zu untersuchen, womit die Gegner dieser Lehre, dieselbe bestreiten. Dabelow in seinem oft angeführten Buche, — 1sten Theil, Abschn. Vom Concurs-Gerichte; behauptet ein ausschließend allgemeines Gericht, und dessen anziehende Kraft auf die anderwärts belegenen Güter. Der Satz, daß der Concurs eine Connexität aller Gläubiger hervorbringe, dient ihm zur Widerlegung des Grundes: "daß die Angelegenheiten der Gläubiger, welche bey den fremden Landes-Gerichten um Befriedigung anhielten, mit den Angelegenheiten der anderen in keiner Verbindung stünden." Er sagt: "liesse sich nach dieser Idee nicht eben so gut annehmen, daß unter den Ansprüchen der übrigen Gläubiger welche in dem Territorium, wo sich das Concurs-Gericht befindet anhängig sind, ebenfalls keine Connexität vorhanden sey?" — Ich antworte: ohne Zweifel liesse sich das. Wenn kein Gesetz vorhanden wäre welches die Bürger des Staates dazu verbände; oder wenn nicht der Grundsatz zum Gesetze an-

angenommen wäre: daß weil alle gleiche Concurs-Rechte genössen, so wäre dadurch die Connexität hervorgebracht. Wie ich so eben allgemeiner ausgeführt habe. Ein Staat ist allerdings befugt, zu bestimmen: daß seine Bürger alle, sich das Recht gefallen lassen müssen, was die Gesetzgebung dem Wohle des Ganzen angemessen gefunden hat. Aber kann von dem Fremden eben das verlangt werden? Er der kein Bürger des Staates, der jenes Recht bey sich gelten läßt, ist, braucht daher zum Wohl desselben nicht beyzutragen, und Aufopferungen deswegen zu machen. — "Haben, fährt Dabelow zur Vertheidigung seiner Meynung fort, — die Gläubiger des allgemeinen Gerichtes nicht das Mittel der Intervention, um solche besondere Befriedigungen zu hindern." — Das haben sie freylich; aber nicht in dem Maaße, daß sie damit die Güter an sich ziehen könnten. Höchstens können sie auch einen Antheil erlangen; wenn nicht die Landes-Ordnung es mit sich bringt, aus einem solchen besonderen Concurse, erst die Einwohner des Landes zu befriedigen. Hat der Staat selbst einen Gegenstand der Bezahlung für seine Bürger, so braucht er wegen des juris de non evocando, der Intervention: seinen Bürgern nicht selbst Gerechtigkeit zu verwalten, kein Gehör zu geben. Dabelow wendet auch gegen diesen Satz ein, und hält eine Abruffung der Güter von den fremden Gerichten, nicht dem Evocations-Rechte zuwider. "Es würden hier ja keine Processe zur Entscheidung an sich zu ziehen, von dem einen Gerichte verlangt." — Aber, ist es nicht gleichviel ob der Bürger das fremde Concurs-Recht über sich gelten

lassen soll, oder das Recht in Streitigkeiten? ist nicht das Gericht seines Landes als forum rei sitae, begründet? kann er nicht verlangen, nach den Rechten seines Landes Bezahlung aus dem Gute zu nehmen, welches das forum desselben begründet? "Wie, beschließt Dabelow seine Widerlegung, wenn nun nirgends anders, als in dem Lande des allgemeinen Concurs-Gerichtes Güter belegen sind; müssen sich die Gläubiger nicht dahin wenden? — Allerdings, wenn sie nicht ganz unbefriedigt ausgehen wollen. Allein das jus de non evocando verbietet auch dem Bürger nicht, seinen Schuldner auswärts zu belangen, und sich dem andern Gerichte, also, den dort geltenden Rechten zu unterwerffen; es will ihn nur nicht dazu gezwungen haben.

Es beweißt nach alle dem, die Unstatthaftigkeit der gegnerischen Behauptung gewiß nicht wenig, der Umstand: daß, wo die Ausübung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichtes, versucht wird, die Requisitorialen immer erfolglos bleiben; nie, oder höchst selten giebt das fremde Gericht die inne habenden Güter heraus, wenn sich Gläubiger darauf gemeldet haben.

S. Fälle darüber bey Reichardt Diss. alleg.

Zwar hat Dabelow recht, wenn er §. 76. sagt, "daß eine Lehre, nach den Gründen des Rechts, nicht nach dem was geschehe, beurtheilt werden müsse." Allein, wenn den Gegengründen die Praxis zur Seite tritt, so gewinnen sie an Stärke; und Deutschlands Gerichte können doch nicht beschuldiget werden, es zur Maxime angenommen zu haben, nach der Politick, mit Hintenansetzung der Gerechtigkeit zu verfahren. — In

der

der allgemein als vortreflich anerkannten preußischen Proceß-Ordnung *), liegen die hier behaupteten Sätze, zum Grunde des vorgeschriebenen Verfahrens. Es heißt daselbst, im Titel: Von Concursen, Abschn. Von dem Verfahren in Concurs-Sachen, wenn der Gemeinschuldner unter andern Gerichten, inn- oder außerhalb Landes Vermögen besitzt, §. 311. und 315. ungefähr folgendermaßen: "Wenn über einem, außerhalb Landes domicilirenden "Schuldner, der in hiesigen Landen Vermögenstücke besitzt, "in foro domicilii Concurs eröfnet wird; so muß das "disseitige Gericht, auf Antrag der einländischen Gläu- "biger oder auch auswärtiger, die bey dem dortigen Con- "curse leer ausgegangen sind, über diese Vermögensstücke "gleichergestalt Concurs eröfnen; die einheimischen "Gläubiger citiren, und wegen Distribution der Masse "nach dem Inhalte der vorstehenden Abschnitte verfügen. "Wenn nach Befriedigung dieser Gläubiger aus der "Masse, noch etwas übrig bleibt, so muß solches an "den Richter des auswärtigen Concurses verabfolget "werden. An den auch die hiesigen Gläubiger zu ver- "weisen, wenn sie aus der Masse ganz oder zum Theil "nicht, befriediget sind. Obige Vorschriften finden "statt, soferne nicht über diesen Gegenstand, ander- "weitige Verträge oder Observanzen mit auswärtigen "Staaten subsistiren."

*) Ich rede von der Proceß-Ordnung von 1781. Die neuere habe ich nicht gleich zur Hand, um die hier beregte Verordnung nachsehen zu können.

Ich komme nach der allgemeinen Betrachtung über des Concurs-Gerichtes anziehende Kraft, darauf zurück, wie im hamburgischen Rechte dieser Gegenstand behandelt wird. — Der Versuch auswärts belegene Güter herbeyzuschaffen und die darauf gelegten Arreste aufzuheben, ist in Hamburg nicht abgestellt; vielmehr ist es im Art. 17. d. der Falliten-Ordnung den Curatoren zur Pflicht gemacht, sich interveniendo zu melden, und den hiesigen Senat um Erlassung behufiger Intercessionalium, zu ersuchen. Auch scheint es zu einem Rechtsgrundsatze angenommen zu seyn, daß die auswärts belegenen Güter an das hiesige Concurs-Gericht kommen müßten, und daß Mittel, dem fremden Gläubiger den Arrest auf Güter in der Fremde zu wehren, anschlagen müßten; indem es den hamburgischen Bürgern und Einwohnern verboten ist, auf Güter ihres hier fallirten Schuldners, die in der Fremde liegen, Arreste anzulegen; bey der im Art. 2. Tit. 12. P. 1. des Statuts enthaltenen Strafe. Dieser Artikel lautet folgendermaßen:

"Es sollen auch alle und jede dieser Stadt Bürger,
"Bürgerinnen, Unterthanen und Einwohner, ihre
"Sachen, Zusprüche und Forderungen, die sie
"gegen den Rath oder singulare Raths-Personen,
"oder auch dieser Stadt Bürger, Bürgerinnen,
"Unterthanen und Einwohner, zu haben vermei-
"nen, vor dem Nieder- und Ober-Gerichte, oder
"an dem Orte, dahin eine jede Sache, ihrer Art
"nach, gehöret, rechtlich anstellen, und keiner den
"andern in fremde Gerichte ausserhalb dieser Stadt
"ziehen, laden oder beklagen, in Kosten, Scha-

"den

"den und Mühe führen, imgleichen seine Action
"und Forderungen keinen fremden ausländischen
"mächtigeren, oder sonst besorglichen Personen,
"cediren, verkaufen und auftragen, durch sich
"selbst, oder jemand anders von seinentwegen.
"Im Fall jemand dagegen handeln würde, der soll
"seinem Gegentheile alle Unkosten und Schaden,
"darin er ihn geführet, erstatten, der verkauften
"und übergebenen Action, und dieser Stadt Woh-
"nung und Bürger-Rechtes, verlustig seyn, und
"dazu nicht wieder gelassen werden, er habe sich
"denn mit dem Rathe ausgesöhnt, und mit seinem
"Gegentheile vertragen."

Hierdurch ist demnach ein sehr kräftiges Mittel gefunden, den einheimischen Gläubiger abzuhalten, daß er nicht beytrage, die Masse zu plündern; und der von der Gesetzgebung, für seine Bürger gut gefundene Zweck, daß ein gleiches Concurs-Recht die einheimischen Gläubiger befriedige, ist vollkommen erreicht. Da aber diese Maaßregel nicht immer den Vortheil der Masse in so ferne bewirkt, daß nun das auswärtige Gut, an die Masse komme, indem das auswärtige Gericht es darum ausliefern würde. Sondern vielmehr, einem Fremden Gelegenheit geben wird sich an dies Gut, welches der hamburgische Gläubiger verlassen muß, halten zu können; so hängt die Antwort der Frage: ob das vorliegende Gesetz der Falliten-Ordnung wirklich, wie vorher erwähnt ist, auf dem nicht practischen Grundsatze, der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichtes, gebauet ist? davon, ab: wie es angewendet wird. Ob ohne Unterschied

schied oder nur wenn die Masse das Gut dadurch an sich ziehen kann? Eine genauere Prüfung des Gesetzes wird uns darüber belehren.

Das Rede stehende Verbot der Arrestlegung in der Fremde, hat zwey Abschnitte: der erste redet von dem Falle, wenn ein Gläubiger Arrest anlegt, um den Schuldner vor fremde Gerichte zu ziehen. Der zweyte Abschnitt, davon: wenn die Arreste zu allgemeiner Sicherheit, ob periculum in mora, gelegt sind. Im ersten Falle, soll der Gläubiger immer straffällig seyn; im letzten Falle: wenn er auf Verlangen der Curatoren den Arrest nicht sofort wieder cassirt. — Ich frage hierbey: dürfen die Curatores den Arrest nicht auch genehmigen, wenn sie sehen, daß durch die Aufhebung für die Masse nichts gewonnen wird? Mich dünkt, die Unbestimmtheit des Gesetzes erlaubt hinlänglich in dem Falle, da ein Fremder, ohne sich an den Concurs zu kehren, sich an das Gut halten würde, es eine mißverstandene Gesetzmäßigkeit zu nennen, wenn Curatores nicht die Fortführung des anhängigen Arrest-Processes genehmigen wollten. Hier würde ja selbst einem Bürger ein Nachtheil zugefügt, um einem Fremden Vortheil zu schaffen. Alles was von dem hiesigen Gläubiger gefordert werden könnte, wäre: die vielleicht dadurch bewirkte grössere Forderung des fremden Gläubigers, bey der Masse, zu vergüten. — Bey den angegebenen Umständen läugne ich indeß nicht, daß die Sache bedenklich für die Curatoren ist; weil sehr schwer eine volle Gewißheit darüber zu erhalten seyn möchte, was vortheilhafter für die Masse gewesen wäre. Curatores machen

chen sich verantwortlich gegen die Gläubiger; daher müssen diese wenigstens erst befragt werden.

Auf der andern Seite entsteht nun die Frage: fällt der hiesige Gläubiger unausbleiblich in die geordnete Strafe, wenn er wider Willen der Curatoren den Arrestproceß fortführt? Schwerlich wird man behaupten können, daß Vergütung wegen zugefügten Nachtheiles verwirkt wäre, wo der Nachtheil nicht dargethan werden kann. So lange der Kläger von seinem Beklagten, in dessen Wohnorte, die Befriedigung seiner Forderung erwarten kann; so lange darf er freylich nicht auswärts Hülfe suchen. Allein wenn der Schuldner sein Gut in die Fremde schaft, und so den Verfolgungen seines Gläubigers die Gegenstände entzieht; dann ist es diesem nicht zu verdenken wenn er da klagt, wo Hofnung zur Bezahlung ist. Selbst nach Anleitung des Art. 3. Tit. 12. P. 1. des Statuts. Welcher sagt: daß, wenn ein hiesiger Bürger flüchtig würde und seine Güter zum Betruge der Gläubiger wegschafte, dann stehe es dem hiesigen Gläubiger frey, das Gut anzuhalten wo er es fände. — Wird nun gleich in diesem Artikel, der Umstand bestimmt angegeben, daß der Schuldner auch flüchtig seyn müsse; so weiß man doch, daß die Sache nachsichtig erklärt wird, und in dem Falle, daß der Schuldner obwohl er selbst noch hier blieb, sein Gut wegschafte, der in der Fremde gelegte Arrest gebilliget worden ist. Indem dem klagenden Schuldner aufgelegt ward, hier Sicherheit zu leisten, ehe der Gläubiger verurtheilet würde, den auswärtigen Arrest aufzuheben.

S. Anderson hamb. Privat-Recht. Th. 4. S. 249.

Und

Und ist das Verhältniß nicht ganz dasselbe, wenn ein Gläubiger, an dem fremden Orte das Gut anhält, und Bezahlung daraus zu erlangen sucht, wenn Concurs ausgebrochen ist, und er beweisen kann, daß der Masse kein Nachtheil daraus entstehen wird. Man könnte diesem entgegen setzen, daß, weil der in der Fremde Arrest legende Gläubiger, auch des Bürgerrechtes und dieser Stadt Wohnung verlustig erkläret wird; so würde die auswärtige Klage als eine Beleidigung der hiesigen Gerichte betrachtet, und deswegen schon allein müsse er den Arrest ohne weitere Einwendung losgeben. Aber kann man wohl den Willen der Verunglimpfung behaupten, wo der Beschuldigte sich damit rechtfertiget, nur in der Ueberzeugung, der hiesigen Masse keinen Nachtheil zuzufügen, nur weil er durch die Aufgebung seines Vortheils, den Vortheil in die Hände eines Fremden bringen würde, den Arrest nicht aufgegeben zu haben? Allerdings muß der Gläubiger, der gegen die Worte des Gesetzes, nicht aber gegen den Geist desselben, das Rede stehende Verfahren unternimmt, es sich zur Regel dienen lassen, sich ja mit tüchtigen Beweisen zur Rechtfertigung seines Vornehmens zu versehen.

Ich bin nach diesem allen überzeugt, daß das vorliegende Gesetz nicht weitere Anwendung leiden wird, als in so weit die anziehende Kraft des hiesigen Concurses, practisch gemacht werden kann. In diesem Falle freylich ist es ein sehr weises Gesetz und ganz mit dem übrigen Inhalte des vorliegenden Art. 10. im Einverstande, daß alle Executionen und Arreste auf Güter unter Gerichtsbarkeit der Stadt und deren Gebiet, aufhören

sollen.

sollen. Da muß der Arrestant den Arrest aufheben, bey Strafe, den angestifteten Nachtheil zu vergüten, des Bürgerrechtes verlustig zu werden, und die Stadt zu meiden. — Die Curatores müssen zur Bewirkung dieser Maaßregeln klagbar gegen den Arrestanten werden, und sie erreichen den Zweck ihres Antrags sicher, immer da, wo nicht die oben angezeigten Umstände der Sache eine andere Gestalt geben.

In dem eben erwähnten 4ten Theile von Andersons Privat-Recht Tit. 12. und 13. ist ein mehreres über das Verfahren hierbey gesagt.

Nicht bloß auf die Arreste welche in dem Artikel der Falliten-Ordnung genannt sind, findet der Artikel des Statuts seine Anwendung; sondern auch auf alles was zur Umgehung des Gesetzes geschieht. Es darf niemand

"an fremde Mächtigere, oder sonst besorgliche
"Personen seine Forderung cediren ꝛc."

Daher, weil dieser Artikel im ganzen Umfange in der Falliten-Ordnung angenommen ist, kann auch kein hiesiger Gläubiger bey einem Concurse, einem Fremden seine Forderung cediren oder assigniren, um so verdeckterweise, sich Bezahlung aus dem auswärtig liegenden Gute zu verschaffen. Er verliehrt, so bald sein Vorhaben bewiesen ist, noch außerdem daß er Vergütung geben muß, seine Forderung an die Masse, und verfällt endlich in die obengesetzte Strafe. — Nur freylich kann dies nicht auf die Wechsel gehen, als die einmal das Recht der Indossation an sich haben.

S. Anderson a. a. O. Seite 225. §. 5.

Das

Die angeführte Befugniß, daß es dem Gläubiger erlaubt wäre, Güter seines Schuldners in der Fremde anzuhalten, wenn, wie der bemerkte Art. 3. des Statuts sagt, "der Schuldner flüchtig würde und sein Gut wegschafte;" erläutert es, warum die Falliten-Ordnung besonders vorschreibt: nach kund gewordener Insolvence wäre es nicht erlaubt, den Schuldner vor auswärtige Gerichte zu ziehen. Es wird dadurch verordnet, daß die kund gewordene Insolvenz nicht als Ursache zum auswärtigen Arreste angeführt werden dürfe, wenn jener Umstand nicht zugleich vorhanden wäre. Und hierdurch ergiebt sich auch bald die Unnützlichkeit der Frage, welche wohl aufgeworffen wird: ob unter dem Ausdrucke, kund gewordene Insolvence, der bevorstehende oder der ausgebrochene Concurs zu verstehen wäre. Der Arrest darf zu keiner Zeit unbedingt gelegt werden.

Es wird gewöhnlich zu den Ausnahmen gerechnet, welche, von dem hier behandelten Gesetze, zu machen sind: daß, wer vindiciren will, das bezweckte Gut in der Fremde arrestiren, oder wie man in Hamburg die Sache nennt, beschlagen lassen kann. Weil das Anhalten des Guts nur die nöthige Sicherheit bewirken soll. S. Art. 24. Ich sehe nicht warum man dies Verfahren als eine Ausnahme rechtfertigen will: da das Gesetz nur von Gläubigern redet, nicht von Vindicanten; da diese ohnehin vom Concurse ganz abgesondert werden; nnd da kein Gesetz etwas an der Regel ändern kann, daß ich mein Gut nur vindiciren kann wo ich es finde. — Eben dieses ist der Fall, wo ich den

Schuld-

Schuldner aus einer speciellen Hypothek eines Grundstückes zu belangen habe; indem das hamburgische Recht, specielle Hypotheken nicht zur Masse zieht. S. Art. 60. Falliten-Ordnung.

Ich schließe die vorliegende Materie mit der Betrachtung: wie verfahren die hamburgischen Gerichte gegen die fremden, wenn diese die anziehende Kraft auf Güter unter hamburgischer Gerichtsbarkeit behaupten wollen? — Hamburg hat es durch den Art. 10. der Falliten-Ordnung zum Grundsatze gemacht, bey einem Concurse die auswärtigen Güter an sich ziehen zu wollen; folglich werden die hiesigen Gerichte nicht die ersten seyn, welche dem zuwider, die Auslieferung der Güter verweigern, wenn sie auf Reciprocität hoffen können. Allein, wenn die fremden Gerichte sich anders gegen die hiesigen nehmen, oder wenn es in deren Lande als Gesetz gilt, die eigenen Bürger aus dem vorhandenen Gute erst zu befriedigen, (wie oben angegeben ist,) ehe dasselbe abgegeben wird; da muß man den hamburgischen Gerichten die volle Befugniß zugestehen, das Vergeltungs-Recht auszuüben. — Häufig kommen dergleichen Fälle auf den Diehlen der Prätoren vor; indem auf hier belegene Güter auswärtiger Falliten, von hiesigen Gläubigern Beschläge gesucht werden um den Arrest-Proceß zu prosequiren. Der Prätor verweißt aber gemeiniglich die Sache zu Rath, wo die Statthabung der Reciprocität genauer untersucht werden kann.

Außer der anziehenden Kraft, der Güter, wird wie ich oben angegeben habe, noch behauptet: daß das Concurs-Gericht auch alle obschwebende Processe an sich

ziehe. Es ist diese Materie mit der vorigen nahe verwandt, daher wird die Abhandlung derselben hier am bequemsten Orte stehen. Obgleich von dem hamburgischen Concurs-Gerichte erst in den 11ten und 12ten Artikeln der Falliten-Ordnung gehandelt wird; ich werde mich daselbst auf das gegenwärtige beziehen können.

Da ich die Nothwendigkeit eines allgemeinen Concurs-Gerichtes geläugnet habe, so ist natürlich daß ich nicht das an sich ziehen der Processe behaupten kann. Aber dennoch wird eine nähere Untersuchung der Sache nicht inconsequent genannt werden können; weil theils, das fremde Gericht ein allgemeines Concurs-Gericht anerkennen und doch sich weigern kann seine Processe abzugeben; theils, weil auch die einheimischen Gerichte, die in Ansehung ihrer das Gericht wo der Concurs eröfnet ist für das allgemeine anerkennen müssen, Ursache haben, ihre Processe zur Entscheidung für sich zu behalten, zu verlangen.

Die Lehre der Rechtsgelehrten über die Anziehung der Processe ist folgende. Sobald das Concurs-Gericht constituirt ist, müssen nicht allein alle anzustellende Klagen vor dasselbe gebracht werden; sondern auch alle in verschiedenen Gerichten in und außerhalb des Landes, wo der Concurs eröfnet ist, liegende Processe, — der Schuldner mag dort Beklagter oder Kläger seyn, — müssen an dasselbe abgegeben werden.

S. bey Dabelow a. a. O. §. 8.

Der erste Anblick der Sache zeigt es schon, welche allgemeine Rechtssätze hierdurch mit Füßen getreten werden; nicht allein das jus de non evocando, sondern auch

das

das Recht des Beklagten, in seinem Gerichte belangt werden zu müssen, sollen offenbahr dem Concurse anfgeopfert werden. — Daher haben denn auch einige Rechtslehrer die Sache eingeschränkt und behauptet: daß die Anziehung nur statt habe, wenn der Schuldner Beklagter wäre, und wenn der Kläger Befriedigung aus der dem Concurs-Gerichte untergebenen Masse haben wollte.

S. ebenfalls bey Dabelow a. a. O.

Allein auch noch bey dieser Lehre zeigen sich offenbahre Widersprüche mit Rechtssätzen. Denn, so müßten ja auch Apellations-Sachen von der höchsten Instanz, an das Concurs-Gericht hinunter gehen; und Reconventionssachen könnten bey ihrem privilegirten Gerichte (dem Conventions-Gerichte) nicht entschieden werden. — Gewiß man mag so viele Ausnahmen machen wie man will, es wird sich doch nicht rechtfertigen lassen, daß im Grunde der Satz von der anziehenden Kraft wahr wäre, und daß ein Proceß nicht da beendiget werden müßte, wo er angefangen wäre. Freylich, wenn das Gericht wo der Concurs eröfnet ist, alle anderswo liegenden Güter unter seine Verfügung erhalten hat; so kann der Kläger nirgends anders als dort Befriedigung und Execution seines gewonnenen Urtheiles finden. Er muß sich auch bey der Masse melden, wenn er nicht präcludirt seyn will, und seine Forderung beweisen. Allein besseren Beweiß als das vor einem, es versteht sich competenten Gerichte, gewonnene Urtheil, kann das Concurs-Gericht nicht fordern.

Indeß muß ich die Gründe prüfen, die für die anziehende Kraft angeführt werden. Die Rechtslehrer berufen sich 1) auf die connexitas causarum, welche durch den Concurs in Ansehung der den Schuldner betreffenden Rechtssachen, hervorgebracht würde. — Daß die hier gemeynte connexitas nicht die eigentliche römische aus dem L. 10 C. de judiciis sey; lehrt der einfache Begrif derselben. G. L. Böhmer

Princip. J. canonici. §. 700.

definirt die causae connexae: quarum altera alterius decisioni inservit. Welche sind: praeparatoriae, praejudiciales, incidentes, et causae ex eodem negotio emergentes sed ad diversa tendentes. Zu den drey ersteren Arten gehören nun die schuldnerischen Processe ersichtlich nicht, und zu der letztern eben so wenig, weil sich hier der Satz nicht umkehren und sagen läßt: connexae sunt causae ex diversis negotiis emergentes sed ad unum tendentes. Welches allein die Anwendung auf den Concurs rechtfertigen könnte. Die Regel läßt sich aber nicht umkehren, weil ja sonst jeder, gegen den verschiedene Forderungen klagbar angebracht würden, die Combination derselben deswegen verlangen dürfte, weil alle auf Geld-Leistungen abzweckten. Wenn daher connexitas causarum hier behauptet wird, so will man wohl nur das römische Recht analogisch anwenden, und in dem, daß ein Richter nur, allen Gläubigern die gesetzmäßige Befriedigung schaft, den Grund finden, daß die Sache vor denselben Richter kommen müßte. Allein es ist doch einmal ein bedeutender Unterschied, über das Recht in der Sache

selbst,

selbst, und über die Art der Befriedigung zu entscheiden. Der Richter der Hauptsache bekümmert sich während des Fortganges des Rechtsstreits um die künftige Geltendmachung der klägerischen Forderung nicht; er untersucht nur die Befugnisse des Klägers zu seiner Forderung, und überläßt es ihm demnächst, die Gegenstände der Execution selbst anzuweisen. Kann dieser nun nnter des entscheidenden Richters Gerichtsbarkeit keine Gegenstände die sich zur Execution eigenen, (weil der Concurs ihnen diese Eigenschaft genommen hat,) auffinden, so versteht es sich von selbst, daß er sich an den Concurs-Richter zur Classification mit seinem gewonnenen Urtheile wenden müsse. Weil demnach die Execution ein Umstand ist, der sich erst nach ausgesprochenem hauptsächlichen Urtheile hervorgiebt, so kann er früher in keine Betrachtung kommen, bewirkt keine Connexität, und verpflichtet den ersten Richter keinesweges zur Abgebung der Acten.

2) Wird für die Anziehung der Processe angeführt, daß eine richtige Classification nur statt haben könne, wenn der Concurs-Richter auch die Entscheidung der Hauptsache gehabt habe. Und daß also, wenn man den Zweck wolle, man auch die Mittel wollen müsse. — Ich antworte: was hier vorausgesetzt wird ist falsch, nemlich daß der Spruch in der Hauptsache auf die Classification Beziehung habe. Ueber die Classe der Forderung kann nur bey dem Concurs-Gerichte die Rede seyn. Ist aber nur über die Richtigkeit der Forderung der Streit, nun so wird man ja bey dem Concurs-Gerichte keinen anderen Zweck, als Gerechtigkeit haben. Und, ist darum, daß Concurs

eröfnet ist, die Vermuthung entstanden, der erste Richter werde nicht gerecht sprechen, und der Concurs-Richter werde nun eben der gerechtere seyn? Einerley Recht worauf beyde Richter ihre Entscheidung bauen müssen, liegt hier allerdings zum Grunde, das Recht des fori contractus. Ist das Recht des Contract-Gerichtes von der Beschaffenheit, daß es an dem andern Orte wo der Kläger seine Befriedigung sucht, nicht exequirt wird, so wird er freylich im Classifications-Urtheile keinen Platz erhalten; dies aber keinesweges weil der andere Richter das Urtheil gefället hat, sondern weil hiergegen exceptiones in ipsa executione statt finden. So wird sicher kein anderes Gericht des Wohnortes, eine Execution auf Spiel-Schuld zulassen, wenn dieselbe auch in foro contractus rechtmäßig befunden wäre.

3) Behauptet man die Anziehung der Processe deswegen, weil nun das Ende des Concurses, von der langsameren oder geschwinderen Entscheidung des andern Gerichtes abhinge. — Sehr oft wird diese Sache nun wohl nicht in Betrachtung kommen, weil wie die Erfahrung lehrt, die Concurs-Gerichte auch eben nicht die geschwindesten im Entscheiden sind; welches sie der vielen bey dem Concurse vorkommenden Geschäfte wegen, auch oft nicht können. Aber wenn dies auch wäre, so kann ja immer eine vorläufige Austheilung der Masse an die gerechtfertigten Glaubiger geschehen, nur daß ein genugsamer Theil für den unentschiedenen Proceß ausgesetzt bleibe.

Alles dieses giebt das Resultat, daß nicht hinlängliche Gründe vorhanden sind, der Parthey ihre Gerechtsahme

zu nehmen, da den Proceß zu endigen, wo er angefangen ist. Daß daher die anziehende Kraft des Concurs-Gerichtes der Processe, so wenig bey auswärtigen, als bey solchen Gerichten geltend gemacht werden kann, die mit dem Concurs-Gerichte in einem Lande liegen; wenn bey diesen letzteren, nicht ein Gesetz oder der Gerichts-gebrauch darüber herrscht.

In der hamburgischen Falliten-Ordnung findet sich kein Gesetz, welches den Gerichten beföhle, ihre anhängigen Processe an das Gericht abzugeben, das den Concurs betreibt; ich schließe daher, aus den obigen Gründen, daß es auch nicht gefordert werden könne; sondern daß die Processe bleiben müssen, wo sie anhängig sind. Daß die Stadt sich ferner nicht entlegt die Urtheile fremder Gerichte, wenn deren Competenz wohl begründet ist, zu exequiren; davon haben wir vor einigen Jahren ein merkwürdiges Beyspiel gehabt. — Ein hiesiger Kaufmann nehmlich, war in einem benachbarten Lande schuldig. Er hatte dort Holz gekauft; dies ward von seinen dortigen Gläubigern beschlagen, und der Arrest-Proceß nahm den Anfang. Der hiesige Kaufmann machte Bankerott. Seine Curatores versuchten anfangs den Proceß hierher zu ziehen, wegen des eröfneten Concurses; aber die Vorstellungen darüber fanden kein Gehör. Sie setzten daher den Arrest-Proceß dorten fort. Die Gläubiger aber gewannen, ihnen wurde das beschlagene Holz zur Befriedigung ihrer Forderung zuerkannt, und die Curatores wurden in alle Kosten verurtheilt. Zwar wendeten diese dagegen ein, daß ihre Verpflichtung bey dem auswärtigen Gerichte nicht weiter gehe, als die daselbst be-

legenen Güter die Gerichtsbarkeit begründeten. Allein ihnen ward geantwortet, daß bey Uebernehmung des dortigen Processes sie allerdings die Verpflichtung für die Kosten zu haften, übernommen hätten. Auch erkannte der hiesige Senat die Gerechtigkeit der Subsidial-Schreiben, und vollstreckte das Urtheil.

Die Gemeinschaft der Gläubiger durch den entstandenen Concurs, hat 3tens, die Folge: daß der Zinsenlauf gehemmt wird. Der Art. 61. §. 2. Falliten-Ordnung (zu dessen Erläuterung hier der richtigste Ort ist) giebt darüber die Verordnung mit folgenden Worten:

"Zinsen nach declarirter Insolvenz, kommen der "Masse gar nicht zur Last."

Es ist nach gemeinem Rechte eine streitige Frage: ob nach erklärtem Concurse Zinsen gefordert werden können, oder nicht? die Untersuchung der Gründe dafür und dawider, würde nun freylich überflüssig seyn, wenn man auf die unmittelbahre Anwendung des Resultats derselben, sehen wollte; weil im hamburgischen Rechte einmal bestimmt darüber abgesprochen ist. Allein zur zur Beurtheilung des Gesetzes, um sich von dessen Güte oder Nichtgüte zu überzeugen, wird die Untersuchung nicht überflüssig seyn. — Die mehresten Rechtslehrer entscheiden sich für die Rechtmäßigkeit der fortwährenden Zinsen;

S. bey Dabelow a. a. O. §. 40.

weil der Concurs nicht verhindern könne, daß die Forderung eines Gläubigers größer werde als sie vorher war; und weil die Gleichheit der Forderungen, nur in Absicht der Befriedigung

digung da wäre, nicht in Absicht der Forderungen an sich selbst. — Mevius

in Decisionibus P. 7. dec. 245.

ist gegentheiliger Meynung, und behauptet, die Verbindlichkeit des Schuldners wäre durch den Concurs aufgehoben worden. — Wenn man nach der Ursache sich umsieht, weswegen Zinsen gegeben werden; so findet man keine andere, als die: weil der Schuldner das angelehene Capital auf Gewinn anlegt. Sonst, wie sollte er Zinsen bezahlen, wenn das Capital todt bey ihm läge. Nun ändert aber der Concurs das ganze Verhältniß des Darlehns; er macht, daß es sobald möglich dem Leiher zurückbezahlt wird, und gestattet nicht daß es während des Concurses gebraucht werde, um den Gewinn einzubringen, von dem die Zinsen entrichtet werden könnten. Die Sache ist also ein schlimmer Zufall; und den Zufall muß ja sonst der Eigenthümer tragen; warum soll es denn hier die Masse seyn, die ihn tragen müste? — Lassen es die Umstände zu, daß die Masse Gewinn mit dem Capitale machen könne, dann ist freylich ein besonderer Grund, warum die Zinsen gefordert werden möchten; und wenn Mevius a. a. O. in diesem Verstande sagt: daß gegen die Gläubiger unter einander der Zinsenlauf fortdauern könne, so hat er Recht.

Endlich bringt der Concurs, in dem Verhältnisse der Gläubiger gegen einander, das traurige Recht hervor, daß sie nach Classen befriediget werden, und daß die, nach positiver Anordnung schlechteren Gläubiger, den besseren, einen Vorzug gestatten müssen. Natür-

licher wäre es freylich, wenn auf alle die Masse gleich vertheilet würde.

Die Wirkungen des Concurses (s. S. 271) äußern sich auch gegen dritte, d. i. solche, die in dem Verstande, der Masse fremde sind, daß sie nicht als Gläubiger bey dem Concurse betrachtet werden können. Diese sind entweder Schuldner des Falliten, oder sie haben von ihm Leistungen zu fordern die zum Concurse nicht gehören. Der Fallite nun ist bürgerlich todt, und die Gläubigern treten an seine Stelle, repräsentiren ihn. Durch diese Repräsentation sind sie befugt auf die Verbindlichkeiten zu dringen, die andere gegen den Schuldner haben, soferne die Vortheile ihrer Natur nach den Gläubigern übertragen werden können; dies ist die active Repräsentation. Dagegen sind die Gläubiger auch wieder verpflichtet, die Schuldigkeiten zu leisten welche der Schuldner auf sich hatte, die ihrer Natur nach unzertrennbar von Vortheilen sind, welche den Gläubigern übertragen worden; dies ist die passive Repräsentation. — Die Wahrheit dieses ganzen Satzes im allgemeinen läßt sich nicht verkennen, und die Anwendung der Repräsentations-Rechte ist bey den dinglichen Forderungen, und bey denen, die aus Verträgen über des Falliten Güter entstanden sind, sehr leicht. — Wie auf der anderen Seite auch sehr deutlich ist, daß Gerechtsahme und Pflichten die dem Schuldner für seine Persohn zukommen, nicht zu der Repräsentation gehören. — In Betref der hierher gehörigen Fälle ist also ganz klar: daß die Gläubiger die Forderungen des Falliten eintreiben dürfen, und daß die Schuldner mit der excep-

exceptione: te non noſco et tecum non contraxi, nicht abkommen können. Dagegen iſt es ebenfalls klar, daß die Gläubiger nicht darauf dringen können, daß wenn z. B. jemand dem Falliten einen Antheil an ſeiner Handlung geſtattet hätte, derſelbe nun ihnen ferner den Antheil geſtatte. Dies ſind Rechte welche über die Perſohn nicht hinausgehen.

Dabelow a. a. O. §. 32.

In Betref der Fälle der paſſiven Repräſentation iſt es deutlich, daß die Gläubiger, die Servituten auf des Schuldners Güter dem Genießenden laſſen müſſen. Dagegen aber iſt es wiederum deutlich, daß gegen die Gläubiger auf Leiſtung der Dienſte nicht geklagt werden kann, die der Fallite für ſeine Perſohn zu thun ſchuldig iſt; dieſe können nur von dem Falliten ſelbſt gefordert werden, da er hier nicht als caput mortuum betrachtet wird. Wie oben ſchon vorgekommen iſt.

Bedenklich aber iſt die Anwendung der gläuberiſchen Rechte und Pflichten aus ihrer Repräſentations-Eigenſchaft, wo man ſich nicht einig werden kann: ob hier mehr die Perſohn oder mehr das Vermögen zu haften verbunden iſt. Die beyden Fälle wo dieſer Umſtand beſonders zur Sprache kömmt, ſind folgende: einmal, wenn der Schuldner vor der Inſolvenz-Erklärung einen Kauf geſchloſſen hat, ohne daß ſchon die Uebergabe erfolgt wäre. Zweytens, wenn der Schuldner einen Miethscontract geſchloſſen hat *). — Man ſieht bald daß

*) Kant ſagt, in der Rechtslehre S. 129. daß bey dem Mieths-Contracte die Verwechſelung des perſöhnlichen Rechts mit dem Sachenrechte, Stoff zu Streitigkeiten giebt.

daß der Schuldner in zwey Verhältnissen erscheinen kann, die wohl unterschieden werden müssen. Er kann Verkäufer und Vermiether, oder Käufer und Miethsmann seyn. In diesem zweyten Verhältnisse haben die, die Gläubiger betreffenden Rechte, wie mich dünkt, nicht viele Schwierigkeiten. Die Gläubiger können aus ihrer Repräsentations-Eigenschaft nicht gehalten werden, den Kaufs- oder Mieths-Contract zu erfüllen; indem sie ja nicht nöthig haben, das Recht des Schuldners, ein gekauftes Gut ausgeliefert zu verlangen, und in der Miethe des dritten zu wohnen, sich anzumaßen; weil solche Contracte nur persöhnliche, nicht dingliche Rechte hervorbringen. Mag dieser dritte sich an den Schuldner halten, daß er leiste was er versprochen hat, oder wenn dieser wegen des Concurses nicht dazu fähig ist, so betrachte der dritte den Contract für aufgehoben, und liquidire seinen Schaden bey der Masse. G. L. Böhmer,

in Electis J. civilis. Tom. I. exerc. II. §. II.

und mit ihm Dabelow,

a. a. O. §. 52.

sind dieser Meynung; worin ich ihnen folge. Die vorgetragene Behauptung ist indeßen keinesweges allgemein von den Rechtsgelehrten angenommen, sie findet ihre Bestreiter.

S. bey Dabelow a. a. O.

Die Gründe derselben werden von der Billigkeit hergenommen; sie behaupten: daß, weil, in dem Falle da der Schuldner Vermiether wäre, die Gläubiger die Miethe ja aushalten müßten, (eine Sache die gleich mit mehrerem vorkommen wird), gleiches Recht im umgekehrten

Ver-

Verhältniſſe ſtatt haben müſſe. Ich antworte hierauf, einmal, daß die Billigkeit allein, kein zureichender Grund iſt. Ferner aber, daß ich überall hier nur eine Billigkeit die den Gläubigern zu gute kömmt, ſehe. Man kann daher nicht ſagen: wenn die Gläubiger den Vermieths Contract (contractus locationis) zu erfüllen gehalten ſind, ſo müſſen ſie auch den Contract als Miether erfüllen; denn man legt ihnen hierdurch ja eine doppelte Laſt auf. — Sagt man aber: weil die Gläubiger den Vermiethungs-Contract aushalten müßten, ſo ſollte ſie auch den Mieths-Contract aushalten dürfen. So hat man ſehr recht; allein dieſe Befugniß, die von dem Schuldner eingegangenen Verträge auszuhalten, wird ihnen auch nicht abgeſprochen wenn man behauptet, die Gläubiger wären nicht gehalten die Kaufs- und Mieths-Verträge, (emptio et conductio) zu erfüllen. Wenn dies ihnen vortheilhaft iſt, ſo dürfen ſie es allerdings. Ich weiß zwar wohl, daß das Gegentheil hiervon behauptet wird, uud daß ſelbſt Böhmer

l. c. §. 6—8.

dieſer Meynung iſt. Allein ich kann mich davon nicht überzeugen. Wenn man bedenkt, daß der Mieths-Contract ein Recht enthält, welches dem Miether nicht für ſeine Perſohn allein geſtattet iſt, ſondern welches er andern übertragen kann; was kann der Vermiether bey dieſen Umſtänden weiter verlangen, als daß ihm ſein Miethgeld richtig bezahlt, und daß ſein vermiethetes Gut nicht gemißbraucht werde? — Leiſten ihm die Gläubiger beydes, ſo hat er keinen Grund den Contract für aufgehoben zu halten. Es möchte denn ſeyn, daß er mit dem

Schuld-

Schuldner dahin contrahirt habe, daß nur dieser die Miethe inne haben solle. Dann fällt freylich die Befugniß der Gläubiger weg; aber aus besonderer Ursache; im allgemeinen verstatten die Gesetze dem Miether, sein Recht andern zu überlassen, die Aftervermiethung (Sublocatio). Was den Grund der Billigkeit betrift, der auch hier zuweilen angeführt wird: daß der fremde Miether ja den Gläubigern den Miethcontract nicht aufkündigen dürfte, wenn dies ihm auch vortheilhaft wäre; so sollten die Gläubiger im gegentheiligen Falle auch nicht die Fortsetzung verlangen dürfen. Weil sie auf diese Art, da sie nach Willkühr in der Miethe bleiben, oder abgehen könnten, ohne Gefahr des Nachtheiles sich eines Vortheiles anmaßten. Was diesen Grund betrift, so frage ich dagegen: soll der Concurs denn ein Vortheil für den dritten werden, dadurch daß er eines beschwerlichen Contractes sich entledigen könnte? Der Concurs an und für sich ist es nicht, der den Contract aufhebt; sondern die Unfähigkeit des einen Contrahenten, des Schuldners, den Contract zu erfüllen, giebt dem andern das Recht, auch von seiner Seite von dem Contracte abzugehen. Setzen sich aber die Gläubiger an des Schuldners Stelle, versprechen sie, die Pflichten desselben zu erfüllen; welche Ursache hat der andere Contrahent dann, den Contract als aufgehoben zu betrachten? — Das hier Gesagte gilt zugleich von dem oben bemerkten Kauf-Contracte.

S. bey Dabelow a. a. O. §. 45. und §. 52. nota 25.

Die aufgeworffene erste Frage, betraf die passive Verbindlichkeit der Gläubiger, oder bestimmter: müssen

die

die Gläubiger einen, über ein Gut des Schuldners geschlossenen Kauf- oder Miethscontract dem dritten aushalten? — Wir haben im römischen Rechte ein Gesetz welches die Sache sehr deutlich bestimmt, L. 8. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. Es heißt daselbst:

Si quis fructus ex praedio debitoris capi potuerit, hunc creditor qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si antea neque venierit, neque locatus erit. Nam si jam a debitore vel locatus erat, vel venierat, servabit praetor venditionem, et locationem a debitore factam, etsi minoris distractum est vel locatum, nisi si in fraudem Creditorum hoc fiat; tunc enim praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

Es kömmt uns indeß hier nicht blos auf das Daseyn eines Gesetzes, sondern auf die Gerechtigkeit an; theils um jener Bestimmung Beyfall zu geben, theils um überall die Anwendung jenes Gesetzes zu machen. Denn weil dort nur von der Immissio, von einem andern Dinge also, als dem Concurse, die Rede ist, so kann das Gesetz selbst in den angegebenen Fällen, des Kauf- und Miethscontractes, nur analogisch bey uns gelten. — Böhmer

l. c. §. 1.

billiget das Gesetz vollkommen. Dabelow

a. a. O. §. 49.

hält es für Billigkeits-Gesetz, und will als solches nur

die

die Anwendung desselben gelten lassen. — Es ist wahr, daß der Miethe-Contract kein dingliches Recht auf das gemiethete Gut giebt; es ist wahr, daß die Gläubiger um zu ihrer Befriedigung bey dem Concurse zu kommen, das Gut verkauffen müssen, und daß Kauf Miethe bricht. Allein es ist eben so wahr; daß sich der Vermiether für alle Handlungen verantwortlich macht, welche dem Contracte zuwider sind. L. 25. §. 1. ff. locati conducti. Daß er bey einem Verkaufe, der die Miethe bricht, dem Miether Schadloshaltung geben muß. Und daß die Gläubiger nicht mehr Rechte erlangen als der Schuldner über das vermiethete Gut hatte, daß sie folglich ebenfalls zur Schadloshaltung verpflichtet sind, wenn sie durch einen Verkauf die Miethe brechen. — Eben dies ist der Fall, bey den von dem Schuldner noch zur rechten Zeit verkauften, aber noch nicht abgelieferten Gütern. Die Gläubiger sind es, welche den Falliten hindern seinen Contract zu halten, wenn sie die Güter nicht gegen den bedungenen Preiß verabfolgen lassen wollen; also machen sie sich zum Schadensersatz verbindlich. — Ich finde demnach daß nur die Gerechtigkeit in dem Rede stehenden Gesetze ausgesprochen ist; und daß es allenthalben analogische Anwendung findet, wo die Gläubiger sich eines Gutes, worüber ein Contract besteht anmaßen. Wie sie vorher (bey der activen Repräsentation) zu einer persöhnlichen Verpflichtung des Schuldners, nicht gehalten waren, wenn sie sich der Rechte aus dem Contracte nicht anmaßten.

Noch ein Fall kann hier Bedenklichkeit erregen. Es kömmt bey der Handlung oft vor, daß ein Gut auf Lie-

ferung verkauft wird. Kömmt nun die beredete Waare nicht an, so hat der Käufer die Schadloshaltungs-Klage gegen den Verkäufer. Es fragt sich, wie nehmen sich die Gläubiger hierbey? Weil die Waare noch nicht da ist, so können sich die Gläubiger auch des Gutes worüber contrahirt ist, nicht anmaßen. Also erst wenn die Waare ankömmt kann von Erfüllung des Contractes die Rede seyn. Sonst muß der Käufer sich wegen einer Schadensforderung bey der Masse melden, wo er denn als chirographarischer Gläubiger auftritt.

Es ist schon vorgekommen, daß der dritte, wenn ihn die Rede stehenden Contracte gereuen sollten, den Concurs nicht als eine Gelegenheit ansehen dürfe, von denselben abzugehen; so wie die Gläubiger zum Erfüllen des Contractes verpflichtet sind, so sind sie auch berechtiget darauf zu dringen, daß der dritte seine Verpflichtung erfülle. Bey ihm, wird durch den Concurs nichts geändert; und er kann keinen Vortheil davon ziehen.

In dem 22sten Art. der Falliten-Ordnung, steht, obwohl dort am unrechten Orte, das rechtsbegründete Gesetz:

"Mieth-Contracte, die nach der Zeit des Fallisse-
"ments lauffen, hören nach demselben, auf gesche-
"hene Stadt- übliche Loskündigung, auf, ohne
"auf die dieserhalb von dem Debitore vorhin er-
"richteten Contracte zu sehen."

Die Worte dieses Gesetzes erlauben einen sehr weitläuftigen Begrif; man kann darüber sowohl die von dem Schuldner als Miether wie als Vermiether, geschlossenen Contracte verstehen. Allein dieses Gesetz muß, wie

alle zweifelhafte Gesetze, nach den Regeln des vernünftigen Rechts ausgelegt werden. Darum verstehe ich unter dem Obigen nichts mehr, als was meines Bedünkens das aus der Natur der Sache abgeleitete Recht, über die Mieth-Contracte bey dem Concurse, mit sich bringt; wie ich es auseinandergesetzt habe.

Den Grundsätzen zufolge müssen die Gläubiger den Contract aushalten, wenn der Schuldner seine Güter vermiethet hat; und dürfen das Gut ohne Anzeige des bestehenden Contractes nicht verkaufen, wenn sie sich nicht dem Miether für das Interesse verantwortlich machen wollen. Sie von dieser Schuldigkeit zu befreyen, ist die Absicht des Gesetzes nicht. Bey Concursen in Hamburg werden alle liegenden Gründe öffentlich verkauft; der Miether darf daher nur aufmerksam seyn und seinen Contract bey dem Verkaufe anzeigen, so weiß der Käufer daß er ohne diese Auflage das Gut nicht kaufen kann. Es wird also der Fall so leicht nicht statt haben, daß der Miether sich seines verlohrenen Vortheils bey den Gläubigern erholen müßte, (denn nach hamburgischem Rechte bricht Kauf die Miethe nicht, wenn der Miether nur seine Rechte bey dem Verkaufe verwahrt; Art. 13. Tit. 9. P. II. des Statuts). Wenn aber der Miether diese Anzeige versäumt hat, und nun freylich dieserwegen von dem Käufer ausgetrieben wird, so ist man keinesweges befugt, darum zu schließen: der Miether habe sich seines Rechtes auf Ersatz begeben. Es war der Gläubiger Pflicht den haftenden Mieth-Contract bekannt zu machen, und da sie dies unterlassen haben, so müssen sie und namentlich die Curatores, für

den

den Schaden stehen der gegen sie bewiesen werden kann. — Auf der andern Seite wird aus dem obigen Gesetze, der Miether eben so wenig behaupten können, der Contract habe durch den Concurs seine Endschaft erreicht, wenn vielleicht die Fortdauer des Contracts ihm nicht angenehm wäre. Denn hierdurch entginge den Gläubigern ein Vortheil; indem, wenn, bey einem Fallen der Miethpreise zum Beyspiele, eine höhere Miethe länger fortdauert, das Haus um so besser verkauft wird. Ich beziehe mich zum Beweise der vorstehenden Behauptung, auf die obigen allgemeinen Grundsätze). Die Anordnung des 22sten Artikels geht also, wie sich aus dem Obigen ergiebt, lediglich auf das Verhältniß, da der Schuldner der Miether ist. Hier hört der Contract auf, weil der Fallite außer Stand gesetzt ist, die Pflichten des Contractes weiter zu erfüllen. Jedoch heißt es in dem Gesetze; "erst auf geschehene Stadt- übliche Loskündigung." (Diese Kündigung ist bey Häusern 6 Monate vor Himmelfarth- oder Martinitag, bey kleineren Wohnungen 3 Monate). Hierbey fragt es sich denn: wer kündiget auf? — Der Miether, jetzt die Gläubiger; sie wollen den Contract nicht länger bestehen lassen. Aber frage ich weiter: kann man der unbeschränkten Bestimmung des Gesetzes wegen nicht annehmen, daß auch der Vermiether die Miethe aufkündigen könne, wenn sonst die Gläubiger den Contract fortsetzen wollten weil er ihnen nützlich wäre? Ich kann dem Grunde der Unbeschränktheit des Gesetzes ungeachtet, nicht nachgeben, was durch die Natur der Sache einmal zu meiner Ueberzeugung ge-

worden ist. Ich verstehe das Gesetz so: es wird anerkannt, daß die Gläubiger nicht gehalten sind in der Miethe ferner zu bleiben, doch sollen sie dies noch einige Zeit; sie müssen die Miethe ordentlich loskündigen und für den Miethzins die Meublen fortwährend haften lassen. Für den Grund des Gesetzes halte ich, die Begünstigung des Vermiethers, damit sein Haus nicht plötzlich leer werde. Aber diese geht so weit nicht, daß er die Gläubiger, ungeachtet diese einen vorher geschlossenen Contract bestehen lassen wollten, heraustreiben könnte; dazu ist gar kein Grund vorhanden.

Man kann hier noch die Bemerkung machen: ob es denn wirklich immer ein Vortheil des Vermiethers wäre, daß der Contract erst nach ordentlicher Loskündigung aufhören solle? Freylich kann man den Fall denken, daß der Vermiether eben dadurch Schaden nehmen würde, wenn er dem Schuldner das Haus so lange lassen müßte. Denn wenn nun die eingebrachten Meublen nicht hinreichen, den fortgehenden halbjährigen Miethszins zu bezahlen, so kann der Miether sich nur an die Masse halten; indem die Gläubiger für weiter nichts haften, da sie es nun nicht sind die den Contract fortsetzen wollen, welches sie durch die baldige Loskündigung bewiesen haben. Hat man den Grund des Gesetzes, die Begünstigung des Vermiethers, anerkannt; so wird man auch geneigt seyn für den Vermiether das Recht zu behaupten, den Schuldner gleich aus der Miethe treiben zu dürfen, wenn er dies für gut findet. Und besonders wenn er darthun kann, daß die längere Bewohnung ihm, dem Vermiether, nur Schaden bringe, weil an Meublen kein

Werth

Werth da ist. Zwar erlauben die Rechte nur, den Miether dann aus der Miethe zu setzen, wenn derselbe für die verfallene Miethe nicht hinlängliche Bezahlung hat, L. 54. §. 1. locati cond. Nicht, weil der Vermiether nicht weiß, wo die künftige Zahlung hergenommen werden solle. Aber es ist doch eine ganz andere Sache, bloß ungewiß zu seyn, als hingegen überzeugend darzuthun, daß keine Bezahlung geschaft werden könne. Denn alles was der Schuldner erwerben möchte, wird ja die Masse sich zueignen. Sicherheit für künftige Zahlung kann der Vermiether nicht fordern, wenn dies bey Eingehung des Contractes nicht bedungen ist; aber die Fortsetzung der Verbindlichkeit von seiner Seite, wird man ihm auch nicht zumuthen können, wenn der Beweiß unwidersprechlich ist, daß der andere seiner Pflicht nachzukommen sich nicht im Stande befinde.

Es ist in der vorliegenden Gesetzstelle (Art. 22. §. 3.) nicht bemerklich gemacht: ob der Vermieher den, durch die Aufhebung des Contracts leidenden Schaden, bey der Masse liquidiren dürfe? — Mich dünkt, daß keine Ursache vorhanden ist, diese Befugniß zu läugnen. Aus der natürlichen Folge der Verhältnisse, geht hier das Recht zum Schadensersatze hervor; weil nehmlich der Fallite durch den Concurs zur ferneren Haltnng des Contracts unfähig gemacht ist. Also bedarf es keiner besonderen Erlaubniß zu der Forderung dieser Schadens-Vergeltung; es müßte verboten seyn, wenn sie nicht gelten sollte.

Ueber die Frage: gilt bey einem Kauf-Contracte, dasselbe Recht in Hamburg, als oben vor-

gestellt ist? Werde ich bey dem 27sten Artikel mehr sagen.

Wie es mit den persöhnlichen Gülten, bey dem Concurse gehalten wird? werde ich gleich bey der Frage über die dinglichen Gülten, mit beantworten.

Die passive Repräsentation der Gläubiger in Ansehung der dinglichen Verpflichtungen des Schuldners, brauche ich nach dem oben (S. 314.) festgesetzten Grundsatze nicht weiter zu beweisen, aber ich werde kurz die hierher gehörigen Fälle angeben. Die Gläubiger müssen 1) die öffentlichen Abgaben entrichten, die dem Staate von den ihm untergebenen Gütern zukommen. (s. Falliten-Ordnung. Art. 22). 2) Die Servituten leiden womit die Güter belästiget sind. 3) Die auf Gütern liegenden Leistungen, Gülten oder Renten, entrichten. Hiervon, und wie im Zweifel, ob die Gülten persöhnlich oder dinglich sind, die Sache anzusehen ist; handelt umständlich und belehrend Dabelow

a. a. O. §. 47.

Die Hauptsache ist hier, daß die Meynung der Contrahenten bey der Bestellung der Rente erforscht werde. Sodann kömmt es darauf an, ob die Vorschriften beobtet sind, welche die Gesetze bestimmen, um die Verpfändung gültig zu machen. In Hamburg würde man demnach verlangen, daß die Renten als eine auf dem Gute beruhende Last in das Stadt-Erbe-Buch geschrieben wären. — Wie aber wird es mit dem auf Leibrenten gegebenen Capitale gehalten, wenn nicht ein besonderes Gut des Schuldners, sondern allgemein die Hypothek

pothek der Güter, zur Sicherheit festgesetzt, oder wenn gar keine Sicherheit angeordnet ist? — Wird durch den Concurs der Vertrag über die Leibrente aufgehoben? oder währet er fort, ungeachtet kein Vermögen des Schuldners mehr da ist, welches Sicherheit leisten kann? Es sind dies Fragen, die in der Beantwortung, sie mag ausfallen wie sie wolle, immer Schwierigkeiten zurück lassen. Daß der Concurs den Vertrag aufhebe, läßt sich auf keine Art beweisen; es möchte denn für diesen Fall etwas besonderes verabredet seyn. Und daß der Genießende der Leibrente, alles Gut des Schuldners, worauf jener doch als seine Sicherheit gesehen hat, von den Gläubigern müsse wegnehmen lassen, kann man eben so wenig behaupten. — So viel ist gewiß, es mag die Hypothek der Güter für die Leibrente bedungen seyn oder nicht, ganz kann der Genießende nicht von der Masse abgewiesen werden. Aber das gegebene Capital kann er auch nicht wieder verlangen, weil er schon eine Rente genossen hat die gewöhnlich höher ist, als die ordentlichen Zinsen sind. — Man sagt hierauf: von dem Capitale müsse so viel abgezogen werden, als ausserordentliche Zinsen genossen wären, nur mit dem übrigen müsse der Geber des Capitals zu der Masse gelassen werden. Allein dann verlöhren ja die Gläubiger das Recht an das Capital selbst; welches, da es zu dem schuldnerischen Vermögen gehört, sie sich doch anmaßen können. Der Geber aber, und dies ist der zweyte Grund warum er das gegebene Capital nicht wieder erlangen kann, hat nicht mehr Recht als jährliche Renten zu fordern. Ich kann nur auf die obigen Grundsätze gestützt hier Aufschluß

finden; es bleibt dem Willen der Gläubiger überlassen, ob sie den Leibrenten-Vertrag fortsetzen wollen, oder nicht. Im ersteren Falle übernehmen sie die ganze Pflicht des Schuldners, und müssen so viel Capital auf Zinsen aussetzen, als nöthig ist um die Leibrente zu erhalten; oder wenigstens müssen sich die Gläubiger alle für die jährliche Entrichtung verbürgen. — Im andern Falle hingegen, da sie den Vertrag aufheben, geht der Genießende, unter der Einschränkung die eben angezeigt ist, mit dem Capitale zur Masse; als hypothecarischer Gläubiger, wenn er sich bey der Leibrente die Hypothek ausbedungen gehabt hat, sonst als chirographarischer Gläubiger.

Aber, wirft man endlich ein, kann nicht der Fallite verlangen, daß nun er das Capital erhalte um die Leibrente fortzuzahlen, wenn die Gläubiger sich nicht damit abgeben wollen? Können diese damit den Vertrag im Wesentlichen aufheben, so daß der Geber des Capitals nicht nöthig habe, dem Falliten den Vertrag auszuhalten? — Es läßt sich ohne Zweifel manches unverwerfliche für das Bestehen des Vertrages sagen; aber ich bin doch, zufolge des analogischen Rechtes bey den Contracten, wovon gleich geredet werden soll, der Meynung, daß die Erklärung der Gläubiger den Leibrenten-Vertrag wirklich im Wesentlichen aufhebe.

Das letzte bey dem Concurse vorkommende Verhältniß ist, das Verhältniß des Falliten gegen dritte, gegen Nichtgläubiger der Masse. Eine Sache deren Untersuchung nicht minder wichtig als die der vori-

gen

gen ist; weil die Gläubiger auf der einen Seite hierdurch gewisser werden, wie weit sich ihre Rechte in einzelnen Fällen erstrecken; und auf der andern Seite die dritten, aus der Kenntniß dieses Verhältnisses Anweisung erhalten, mit wem sie bey ausgebrochenem Concurse zu thun haben, und wem sie verantwortlich sind.

Es ist weiter oben (S. 274.) angegeben worden, daß der Fallite das jus standi in judicio in Ansehung der Rechte die sich unter der Verfügung der Gläubiger nicht befinden, nicht verliehre. Es sind diese Rechte theils solche die nicht unter die erwähnte Verfügung kommen können, theils solche welche die Gläubiger ausgelassen haben, und theils solche, welche sie dem Schuldner wieder übertragen haben.

Zu den ersteren Rechten, gehören 1) die Familien-Rechte. Es ist an sich klar, daß des Schuldners Befugnisse und Pflichten als Ehegatte und Vater, nicht zu den übertragbaren Rechten gehören. Nicht weniger sind hierher zu rechnen, die Intestat-Erbschaftsrechte; die Persohn des Schuldners ist es, die eine Erbschaft antritt. Er genießt ferner, die Vortheile eines Familien-Fiedeicommisses und er ist als Verwalter desselben der Familie verantwortlich. Daß die Gläubiger sich dasjenige zueigenen, was der Schuldner hierdurch an Vermögen erhält, steht mit jenem Rechte nicht in Verbindung. 2) Gehören dazu, die dem Schuldner aus einem Contracte oder Vertrage zukommenden Befugnisse oder aufliegenden Verbindlichkeiten, die über seine Persohn nicht hinausgehen. Zu persöhnlichen Leistungen und Ar-

beiten bleibt der Schuldner, ungeachtet des Concurses, dem dritten verbunden; so wie ihm von dem Mitcontrahenten die Pflichten nicht geweigert werden können. Nur ist hier die bedeutende Bemerkung nicht aus der Acht zu lassen, daß der Mitconkrahent von dem Contracte abgehen kann, wenn der Fallite durch den Concurs unfähig wird, von seiner Seite den Contract vollkommen zu erfüllen. Darum heißt es im Art. 11. Tit. 10. P. 2. des hamburgischen Statuts: Von Gesellschaft und Maßcopey. "Macht einer so in der Maßcopey sitzet Bankerott, so ist die Maßcopey dadurch getrennt." Welche Regel auch das gemeine Recht enthält. L. 65. §. 12 ff. pro socio. Die besondere Ursache ist hier zwar, weil das Vermögen des einen, welches zur Compagnie-Handlung gehört, nun verlohren gehet. Man könnte daher wenn der fallirende Compagnon, nur die Arbeit zu seinem beytragenden Antheile an der Handlung hatte, und er zur Fortsetzung seiner Geschäfte bereit wäre, das Bestehen der Compagnie in diesem Falle behaupten. Allein, die Sache hat doch nicht statt; denn einmal, wird ja eine besondere Erlaubniß der Gläubiger dazu erfordert, daß der Fallite Geschäfte treiben dürfe; und zweytens ist die Societät eine zu empfindliche Sache, als daß man den Compagnon ungeachtet er Widerwillen bezeigt, zwingen könnte den andern als solchen zu behalten. Daher lassen auch die Gesetze eine Compagnie, ohne sich an festgesetzte Zeiten zu kehren, immer aufhören, sobald eine gerechte Ursache zur Uneinigkeit vorhanden ist. L. 65. §. 6 ff. pro socio. Und diese hat allerdings eine Compagnon,

pagnon, bey dem Bankerotte des andern. 3) Ist der Schuldner sowohl verantwortlich, für ein von ihm begangenes Verbrechen, als er ein Klage-Recht hat, wenn andere sich gegen ihn eines Unrechtes schuldig gemacht haben. — Es versteht sich von selbst, daß ein Fallite der Gerechtigkeit in die Hände fällt, wenn er ein öffentliches Verbrechen begeht; aber er ist auch nicht weniger wegen eines Privat-Verbrechens zu belangen. Der Fallite darf niemanden beleidigen, es können daher Injurien-Klagen gegen ihn statt finden. Eben so wenig aber setzt ihn der Concurs den Beleidigungen anderer aus; sondern im Falle er beleidiget wird, darf er die Injurien-Klage anstellen. Und weder als Beklagter kann er die Exception anführen, daß er unter Curatel stehe; noch kann sie ihm als Kläger entgegen gesetzt werden. In der schon oben angezogenen Dissertation,

Schrötteringk, de debitore obaerato &c.

wird §. 25. ein Fall angeführt, der das hier Gesagte beweißt. Im Jahre 1760 erhob der Fallite J. F. S. eine Injurien-Klage wider J. J. V. Der Beklagte setzte die Einrede: daß Kläger kein jus standi in judicio habe, entgegen. Das Nieder-Gericht erkannte zwar auf Beweiß der Einrede. Allein in der Appellations-Instanz im Ober-Gerichte, ward das Urtheil reformirt, und der Beklagte sich hauptsächlich einzulassen, schuldig erkannt.

Der Fallite hat zweytens freye Verfügung über die Gerechtsahme welche die Gläubiger ausgelassen haben; wenn anders diese Rechte dem Falliten mit Erfolg haben überlassen werden können. Es hat dies nicht statt

bey

bey Contracten und Verträgen, zu deren Erfüllung der Concurs ihn untüchtig macht. — Mich dünkt es würde sehr ungerecht seyn, den Contrahenten, der in Hinsicht auf des andern gute Umstände contrahirte, nun noch an den Contract binden zu wollen, da die Umstände sich geändert haben. Das positive Recht unterstützt diese Meynung. Wenn die Gläubiger von dem Rechte keinen Gebrauch machen wollen, das ihnen aus dem Mieth-Contracte (conductio) des Schuldners zusteht, so können sie dies nicht dem Falliten übertragen, sondern der Contract ist erloschen. L. 10. §. 1. ff. de vectigal. und L. 2. C. de fundis rei privatae, und in unserer Falliten-Ordnung, Art. 22. No. 3. Andere, als diese Entscheidungen über den Mieth-Contract; haben wir nun freylich nicht. Aber 1) wo der nehmliche Grund statt hat, da findet auch die analogische Anwendung statt. Der Grund der Gesetze ist der, daß der Fallite die Miethe jetzt wahrscheinlich nicht wird bezahlen können; daher passen diese Gesetze auf alle oben genannten Verträge und Contracte, die eine Leistung des Schuldners erfordern. Bey dem Leibrenten-Vertrage nun, um hier auf einen besonderen Fall die Anwendung zu machen, findet sich dieser Umstand. Der Vertrag wurde mit Hinsicht auf des Schuldners gute Umstände geschlossen; jetzt ist dieser aber nicht mehr so fähig wie damals, die Verpflichtung zu erfüllen; der andere muß also für die Sicherheit seiner Forderungen Sorge tragen. Hat nun zwar der Genießende (der Leibzüchtler, wie man auch sagt,) nicht das Recht wie jener Vermiether, den Miether der nicht ordentlich bezahlt, auch außer

dem

dem Concurse auszusetzen; nehmlich das Recht, das Capital außer dem Concurse wieder zu fordern. So würde man doch den Schuldner zum Gläubiger bey seiner eigenen Masse anstellen, wenn man behauptete, das Leibrenten-Capital das die Gläubiger wieder herausgeben, erhielte der Schuldner und nicht der, der es auf Leibrenten gegeben hatte. — Ich beweise meinen Satz ferner 2) mit dem angeführten L. 65. §. 12. pro socio, der die Aufhebung der Handlungs-Compagnie betrift. Freylich ist dort nur von einem Contracte die Rede, aus welchem die Gläubiger sich kein Recht anmaßen konnten; allein die Analogie herrscht doch auch bey dem von den Gläubigern ausgelassenen Rechte; der Fallite ist zur Fortsetzung seinen Verpflichtungen untüchtig gemacht.

Die Rede stehenden Verträge können indeß nur als erloschen betrachtet werden, wenn der Fallite keine Sicherheit für die Erfüllung seiner Pflichten leisten kann. Kann er dies; bringt er dem Verkäufer einer Sache, wenn sich die Gläubiger mit dem Kaufe nicht abgeben wollen, das Geld für die gekaufte Sache, so muß dieser sie abliefern. Leistet der Fallite Sicherheit für die Entrichtung der jährlichen Renten, so muß ihm das Leibrenten Capital ausgeliefert werden. Und selbst, den Mieths-Contract müste der Vermiether ihm aushalten, wenn er denselben wegen Bezahlung der Miethe sicher macht, unbeschadet unseres Gesetzes im Art. 22. und ungeachtet die Gläubiger die Miethe aufkündigen, folglich das Recht aus diesem Contracte auslassen. In

welchem Falle der Vermiether auch keinen Schaden des aufgehörten Contractes bey der Masse berechnen kann.

Ausgelassene Rechte, welche sich der Schuldner ohne weiteres anmaßen kann, sind alle die Forderungen, die entweder überall keine Gegenleistung von seiner Seite nöthig machen, oder zu denen er nicht untüchtig gemacht wird. Gemeiniglich bestehen die Rechte die von den Gläubigern ausgelassen werden, in Forderungen, deren Eintreibung weit aussehende Processe nothwendig machen. Man würde sehr unrecht schließen: Forderungen mit welchen die Gläubiger sich nicht abgeben wollten, wären durch den Concurs erloschen; oder Processe welche die Gläubiger nicht fortsetzten, hätten damit aufgehört. Sondern weil diese keine Aufnahme in die Concurs-Masse erhalten haben, so bleiben sie ein besonderes Geschäft des Falliten. Jedoch wird der Beklagte, ehe er sich mit dem Falliten einläßt, Caution für die Kosten, falls der Fallite verliehren sollte verlangen; welches auch in der Mitte eines Processes geschehen dürfte. — Einen besonderen Fall kann ich zu erwähnen nicht unterlassen. Vor kurzem war folgende Sache hier in Hamburg rechtshängig. Ein Kaufmann, war nach geführtem Processe in Bezahlung der eingeklagten Summe verurtheilt, und wegen seiner angegebenen Gegenforderung war ihm, zufolge des Art. 4. Tit. 22. P. 1. Statuti, die Widerklage vorbehalten. Nach bezahltem Gelde, stellte er die Widerklage an; erklärte aber bald darauf Concurs. Die Curatores baten um Frist sich zu bedenken; ob sie die Sache fortsetzen oder dem Falliten nach seiner Entschlagung zu betreiben, überlassen wollten,

ten. Der Widerbeklagte entgegnete: daß der Proceß entweder gleich fortgesetzt oder ganz aufgegeben werden müßte. Denn, indem das Stadt-Recht P. 1. Tit. 22. Art. 4. wolle, daß die Widerklage innerhalb Monatsfrist angestellt werde, habe es den Widerbeklagten von der willkührlichen Befehdung des Widerklägers losgesprochen. Jene Anordnung über die Anstellung der Klage müsse auch der Maaßstab der Fortsetzung seyn. Wenn demnach die Curatores die Sache dem Falliten überlassen wollten, so müßten sie ihm erlauben den Proceß sogleich anzutreten; das Verhältniß des Widerklägers als Falliten ginge den Widerbeklagten nichts an. — Diese Gründe waren ohne Zweifel gerecht, um die Sache zu entscheiden. Im Urtheile wurde ohne Rücksicht auf den alternativen Vortrag der Curatoren, diesen die Erklärung über die Fortsetzung der Sache nach einem kurzen Termine aufgelegt. Sie erklärten die Sache aufgeben zu wollen, und der Wiederbeklagte wurde in dem nunmehrigen Urtheile, von der Widerklage entbunden. — Die vorliegende Frage findet im gemeinen Rechte keine Beantwortung, weil der Fall nicht vorkommen kann; indem die Gegenforderung zugleich mit der Hauptsache, (simultaneo processu,) erörtert wird.

Drittens hat der Fallite das jus in judicio standi bey den Rechten, die die Gläubiger ihm wieder übertragen. Es sind dies zuerst, die Rechte in Ansehung der Güter, die dem Falliten zu seiner Competenz und zu Alimenten gegeben werden. Ferner, wenn ihm Geschäfte zu treiben erlaubt wird; und endlich diejenigen Rechte, welche, wenn ihm die Verwaltung seiner Güter wieder an-

anvertrauet worden ist, in Ansehung aller daraus entstehenden Verbindungen, vorkommen. — Was die ersten betrift, so kann er andere die seiner Alimenten wegen mit ihm contrahiren, auf die Leistung ihrer Verbindlichkeiten belangen, und er muß denselben aus seinen Alimentgeldern gerecht werden. Daher wird er wegen gelieferter Lebensmittel und anderer zum Hausstande nöthiger Dinge mit Recht vor den Richter citirt und die Execution wird auf die Güter, die zu seiner Competenz gehören, gerichtet. Eben so auf der andern Seite, weil er mit diesen Alimentgeldern kaufen kann was er will, so darf er auf die Lieferung des Gekauften gegen Anbietung der Bezahlung sowohl, als wenn ihm auf Credit verkauft ist, gegen das Versprechen der Bezahlung dringen. — Sind zweytens dem Falliten Geschäfte zu treiben gestattet, so wird gegen ihn auf alles gültig gedrungen, was diese Geschäfte mit sich bringen, und er hat das Klagerecht, so weit die Grenzen des gestatteten Rechtes dies zulassen. — Hat endlich drittens der Fallite die Verwaltung seiner Güter wieder überkommen, so ist der erklärte Concurs für jeden Nichtgläubiger eine fremde Sache, nur mit den Gläubigern hat der Fallite abzurechnen. Wer jetzt mit ihm contrahirt sieht das ganze Vermögen, welches der Fallite unter seiner Verwaltung hat, als die Sicherheit der contrahirten Forderung an; und der Contrahent muß hinwider dem Schuldner, und nicht den Gläubigern, die Verbindlichkeiten erfüllen.

Ich habe mit diesem Abrisse der verschiedenen Verhältnisse hey dem Concurse, keine unnütze Arbeit zu übernehmen

nehmen geglaubt, weil in den folgenden Artikeln unserer Falliten-Ordnung, Gesetze und Bestimmungen vorkommen, welche sich auf ein solches Verhältniß beziehen. Ich werde daselbst mit Hinweisung auf das Gegenwärtige, mich um so kürzer fassen können.

Ich habe oben (S. 258.) eine allgemeine Uebersicht der Geschäfte zur Constituirung der Masse gegeben; und komme jetzt zur Erläuterung der einzelnen Geschäfte selbst. Die Folge der Artikel wird dabey zwar zur Anleitung dienen, doch werde ich mir eine Versetzung derselben erlauben. Folgendes ist die Ordnung in welcher die Sachen vorkommen sollen. Zuerst, die Geschäfte in welchen die Hülfe der Gerichte nicht erfordert wird: die Besitznehmung der vorhandenen Masse, und die Bestellung des Buchhalters. Sodann die Geschäfte die den Umständen nach, entweder gerichtlich oder nicht gerichtlich *) betrieben werden; das Anhalten des Falliten zur Ablegung des Manifestations-Eydes; die Er-

*) Unter dem Ausdrucke nicht gerichtlich, verstehe ich nicht: daß überall, weder ein Richter noch richterliche Auctorität bey den Geschäften erfordert würde; sondern unser außergerichtliches Verfahren, das in den meisten Stücken nur in der Form von dem gerichtlichen Verfahren unterschieden ist. Ich werde bey dem 19ten und 22sten Artikel, vielleicht noch etwas mehreres darüber sagen.

Erforschung des Zustandes der Masse, die Berichtigung des Schuldwesens und die Beytreibung der Ausstände. Endlich die Geschäfte bey dem Verkaufe der Güter, und die zur Beendigung der Masse erforderlich sind. — Von der Besitznehmung der Güter und der Bestellung des Buchhalters handelt der 9te, der Eingang des 11ten Artikels, und der 13te Artikel. Von dem Manifestations-Eyde wird in dem 9ten, dem 14ten und den folgenden Artikeln gehandelt. In dem 11ten und 12ten Artikel ist von der Erforschung der Masse durch gerichtliche oder nicht gerichtliche Mittel die Rede.

Der 9te Artikel ist oben ausgelassen, er folgt also hier:

Art. 9.

Pflichten der Curatorum zu Constituirung der Massae.

Sobald Curatores bonorum erwählet, und von Uns bestätiget sind, lieget ihnen ob, a) daß sie sich des Falliti Sachen, insonderheit der Bücher, Scripturen und des Waaren-Lagers, nicht weniger der baaren und in der Banco stehenden Gelder, imgleichen der Pretiosorum, Silberzeug und anderer Kostbarkeiten, versichern, und alles in gehörige Sicherheit bringen; b) daß sie einen oder mehrere Buchhalter bestellen, und solche vor der Commission in den sub No. 2. vorgeschriebenen Eyd nehmen lassen; und c) daß sie den Debitorem, falls er gegenwärtig ist, imgleichen, falls mehrere Compagnons sind, diese insgesammt dahin anhalten, daß er, oder sie, einen körperlichen Eyd, sich allezeit stellen, und seine oder ihre Güter angeben zu wollen, (wie solcher ebenfalls sub No. 3. entworfen) coram Dnis Praetoribus abstatten, oder, daß, wenn der Schuldner entwichen, und Curatores es sodann nöthig erachten, desgleichen, wenn andere die Cura-

tores dazu bewegende Ursachen desfalls vorwalten, sothaner Manifestations-Eyd von seiner Frau, erwachsenen in seinem Hause befindlichen Kindern, imgleichen vom Gesinde, Buchhalter, Arbeits-Leuten, oder, wer sonsten von seinem Vermögen, insonderheit aber von dem etwa weggebrachten, einige Nachricht zu geben weiß, abgeleget werde.

Von der Deputation sind die Worte: imgleichen Pretiosorum, Silberzeug und anderer Kostbarkeiten — zugefügt.

Art. 11.

Wie die Sicherstellung der Massae von den Curatoribus zu bewerkstelligen sey.

Die Art und Weise, wie Curatores, Art. 9. überhaupt verordnetermaaßen, die Massam bonorum des Falliti in Sicherheit stellen wollen, und ob solches durch zu sich Nehmung der Schlüssel zu den Zimmern, Schränken, Packböden ꝛc. geschehen könne, zumal wenn der Debitor den in besagtem Artikel vorgeschriebenen Eyd abgestattet hat, solches wird zwar

ihrer

ihrer Ermäßigung, den vorkommenden Umständen nach überlassen.

Curatores können Privat-Wächter in des Debitoris Haus legen, so lange kein förmlicher Concurs da ist.

Wobey ihnen auch, einen, oder mehrere, von ihnen zwar zu bestellende, aber von den Herren Gerichts-Verwaltern in Eyd zu nehmende Wächter, zumal wenn einige Zerstreuung oder Veruntreuung der Güter zu besorgen seyn mögte, in des Falliti Haus zu legen, und darinn, so lange es nöthig, und Creditores per majora nach den Summen (wie oben Art. 4. erwähnet worden,) nicht ein anderes belieben, zu lassen freygestellet wird: Sollten sie aber das Mandatum arrestatorium, und das Proclama zur Ausfündigmachung der Creditorum, oder anderer Ursachen halber, mithin auch gerichtliche Passus zu machen, nöthig finden; so werden sie hiemit angewiesen, den Universal-Arrest üblichermaaßen bey Einem der Herren Praetorum zu suchen, damit darauf die Wache hinein gelegt, und die Versiegelung bewerkstelliget werden könne.

Von der Deputation sind die beyden letzten Absätze des Artikels, von den Worten: Wobey ihnen auch — bis zu Ende, zugesetzt.

Art. 13.

Pflichten der Buchhalter unter Anordnung der Curatorum überhaupt.

1) Die von Curatoribus angenommene, von den Herren Commissariis beeydigte Buchhalter sind schuldig, mit Hindansetzung aller andern Arbeit, wenn solche nicht höchstnöthig, und keinen Verzug leidet, sich sofort mit den Curatoribus bonorum in des Falliti Haus zu begeben, und sich die auf dem Comtoir oder sonsten im Hause befindliche Bücher und Briefschaften überliefern zu lassen, die dann entweder daselbst unter sicherer Verschließung bleiben sollen, oder nach der Curatorum Anordnung ihnen, den Buchhaltern, zu Händen gestellet werden. Diese sind darauf ferner schuldig, ohne Verzug, nachzusehen, ob die Journale, Kladden, Cassa-Bücher ꝛc. in gehöriger Ordnung sind, imgleichen wie weit das Haupt-Buch geschrieben ist, und von diesem allen den Curatoribus, um ihre Verfügungen darnach einzurichten, Nachricht zu geben; wie sie dann überhaupt wenn sie etwas erfahren, das zu der Massae Nachtheil oder Nutzen gereichen

könnte,

könnte, davon die behörige baldige Entdeckung zu thun, allemal verbunden bleiben.

2) Wäre es aber, daß durch einen vorhin verhängten Universal-Arrest das Comtoir bereits versiegelt worden, so mögen Curatores die Entsiegelung und Extradition der Bücher von dem Gerichts-Vogt wohl verlangen, der ihnen solche auch, wenn sie ihre Personen durch mehrerwehntes Decretum confirmatorium legitimiret haben, ohne daß es annoch eines besondern Commissorii solcherhalben gebrauche, nicht verwegern soll.

Veränderungen der Deputation. Es hieß in diesem Artikel: die von den Curatoribus angenommene und von den Herren Commissariis "bestätigte und darauf„ beeydigte Buchhalter.

Erläuterung.

Zur Besitznehmung der vorhandenen Güter, müssen sich die Curatores alsbald in das Haus des Falliten begeben, und sich die vorräthigen Sachen überliefern lassen. Die vorstehenden Artikel nennen besonders die Sachen, wornach die Curatores vorzüglich zu fragen haben. Alle erhaltenen Dinge müssen sie in sicheren Beschluß und sorgfältige Verwahrung nehmen. Wenn die Güter des Falliten vorher wegen eines gelegten Universal-Arrestes von dem Gerichts-Vogte versiegelt sind, so fordern die

Curatores von diesem die Aufhebung der Siegel, und es ist derselbe nicht befugt, die Aufhebung zu weigern; sondern er muß nach Vorschrift des 13ten Artikels §. 2. auf bloße Vorzeigung des confirmatorischen Decrets, die Sachen den Curatoren übergeben. Zwar wird in der eben erwähnten Gesetzstelle nur von den Büchern und Papieren geredet; allein in Praxi hat die Sache gar keinen Zweifel, der Gerichts-Vogt verläßt sogleich das Haus des Falliten, wenn die Curatores bestätiget sind. Zur Sicherung der Güter, ehe ein Universal-Arrest ferner angelegt oder verfolgt wird, oder wenn gar kein Arrest gebraucht wird, können die Curatores laut des 11ten Artikels Wächter in des Falliten Haus legen. Diese müssen besonders dazu beeydiget werden; es ist demnach keine militärische Wache, sondern die Wächter sind Bürger, die die Curatores dem ältesten Prätor zur Beeydigung vorstellen müssen. — Allemal ist die Einlegung der Wächter eine Kränkung für den Falliten, es macht ihn des Vorhabens, betrügen zu wollen, verdächtig. Daher müssen sich die Curatores wohl hüten nicht ohne Noth und nicht ohne sehr gerechten Verdacht, die Wächter einzulegen. Zwar ist diese Sache ihrem Ermessen überlassen; allein der Fallite kann sich auch an die Gläubiger wenden, und wenn diese durch Stimmenmehrheit die Entfernung der Wache belieben, so müssen die Curatores auch wider eigenen Willen dies bewerkstelligen.

Was das in Verwahrung zu nehmende Bankgeld des Falliten betrift, so müssen Curatores dazu ein besonderes Folium in der Bank nehmen. (S. Art. 17. g. der Fal-

liten-

liten-Ordnung.) Die Bank ist durch ein eigenes Concluſum angewieſen, das Folium auf Vorzeigung des Curatorii zu geben.

Extract. Protocolli Senatus Hamburgenſis d. d. 20 Jan. 1763.

Concluſum et Commiſſum dem Wohlw. Banko-Herren, der Banko anzuzeigen, daß ſie in Zukunft den Banko-Saldo eines Falliten auf die Banko-Folio der Curatorum bonorum, gegen Vorzeigung des Curatorii ſchreiben möchte.

S. Mandaten-Sammlung. Th. 6. S. 225.

Durch dieſe Anordnung ſind denn die Curatores der vorigen Weitläuftigkeit überhoben, erſt um behufige Anweiſung an die Bank ſuppliciren zu müſſen.

Wenn der Fallite ſich gegen die Beſitznehmung der Güter widerſetzlich bezeigen ſollte, ſo ſteht es den Curatoren frey richterliche Hülfe zu Gewalts-Mittel, bey dem Prätor anzuſuchen; die ihnen nicht verweigert wird.

Von dem Buchhalter. Der Buchhalter iſt bey der Maſſe eine nothwendige und wichtige Perſohn, weil der Beſtand der Maſſe in den Handlungs-Büchern erforſcht werden muß; und dieſe Erforſchung ein Geſchäft iſt, wozu Mühe, Genauigkeit, und eigene Kenntniſſe gehören. Das Buchhalten muß wie eine Wiſſenſchaft ſtudirt werden, daher iſt von den Curatoren nicht zu verlangen, daß ſie dies Geſchäft bey der ihnen untergebenen Maſſe ſelbſt betreiben; vielmehr ſind ſie im Art. 9. angewieſen einen Buchhalter zu nehmen.

Es giebt in Hamburg zwar in dem Verſtande keine eigene Falliten-Buchhalter, daß ſie obrigkeitlich zu dieſem Geſchäfte beſtimmt wären; aber weil zum Falliten-Buchhalten Kenntniſſe gehören, welche jeder andre

Buchhalter nicht immer auch hat; so nennt man diejenigen, Falliten-Buchhalter, die sich diesem Geschäfte besonders gewidmet haben. Die Curatores haben die Wahl welchen Buchhalter sie nehmen wollen; diesen müssen sie dann dem Commissions-Herren vorstellen, damit der Buchhalter zu der Masse wozu er gewählt ist beeydiget werde. Der zu leistende Eyd lautet folgendermaßen:

Eyd des Buchhalters.

Ich N. N. schwere zu Gott dem Allmächtigen, daß ich die mir aufgetragene Arbeit, als Buchhalter bey der Credit-Massa des insolvent gewordenen N. N. getreulich verrichten, sämmtliche Bücher, Briefschaften und Documente von dem Schuldner, oder denen, die solche in Händen haben mögten, abfordern, solche unverzüglich und allen Fleißes nachsehen, das Haupt-Buch so geschwinde als möglich, supppliren, eine accurate Bilanz von dem ganzen Statu bonorum, so viel nemlich aus gedachten Papieren zu ersehen ist, verfertigen, und den Curatoribus der Massa, wenigstens alle vier Wochen, wie weit ich mit meiner Arbeit gekommen, anzeigen will. Ich will nicht weniger meine Anmerkungen, wie der Debitor

seine

seine Handlung geführet hat, und wodurch er zu dem Fallissement gekommen, ob es durch Unglücks-Fälle, oder durch seine Schuld, Versehen, oder wohl gar aus Bosheit geschehen, so weit meine Einsicht gehet, machen, und solche Anmerkungen, sowohl den Curatoribus bonorum; als denen zu dieser Sache verordneten Herren Commissariis, auch auf Erfordern den Gerichten und Herren Gerichts-Verwaltern, aufrichtig, und ohne einigen Hinterhalt, schriftlich übergeben, und mich weder durch Gift oder Gaben, Freund- oder Feindschaft, noch durch andere Neben-Absichten, davon abhalten lassen, und überhaupt mich so, wie einem rechtschaffenen Buchhalter gebühret, fleißig und unpartheylich betragen. So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort!

Der Falliten-Actuar ließt den Eyd vor, und führt darüber das Protocoll.

Die Pflichten zu denen der Buchhalter hier angewiesen ist, sind in den vorstehenden Artikeln, in den Art. 17. und 108. genauer bestimmt. Der letztere Artikel wird auch Gelegenheit geben von dem Buchhalter zu reden, von dem der Additional-Art. 7. handelt; welcher zweyte Buchhalter bestellt wird, um den Bericht des ersten über die Schuld des Falliten zu untersuchen.

Zu

Zu den, in den vorstehenden Artikeln enthaltenen Pflichten habe ich weiter keine Anmerkungen. Ich will nur aufmerksam machen, daß der Buchhalter immer unter Aufsicht der Curatoren steht, und mit diesen allein zu thun hat. — Daß er endlich noch angewiesen ist, von dem was der Masse Nutzen oder Nachtheil schaft, baldige Anzeige zu thun, kann wohl nicht zu den eigentlichen Buchhalter Pflichten gerechnet werden; aber, weil die Falliten-Ordnung jeden der bey der Masse Geschäfte hat, auf den Nutzen derselben aufmerksam macht, so konnte dies um so eher bey dem Buchhalter geschehen, der durch sein Geschäft die genaueste Kenntniß der Umstände erhält.

Von dem Manifestations-Eyde. Das Geschäft der Curatoren bey der Leistung des Eydes von dem Falliten, besteht darin, den Falliten zur Ablegung desselben zu bringen, und ihm die wichtigen Pflichten wozu der Eyd ihn verbindet, vorzustellen. Nach dem Inhalte des Manifestations-Eydes, ist das Wesentliche desselben, die Erklärung: nichts an die Seite geschaft zu haben, — und die Angelobung: künftig nichts an die Seite schaffen zu wollen, — den Curatoren alle Güter zu übergeben und anzuzeigen, wie auch ihnen alle dienliche Nachrichten mitzutheilen. Die Ermahnung vor Leistung des Eydes muß demnach darin bestehen: daß, wenn der Fallite ja an Gütern etwas untergeschlagen habe, er diese nach Möglichkeit wieder herbeyschaffe, und daß er, wenn er hierzu durchaus nicht im Stande wäre, die Verhältnisse wenigstens offenbare, — um nicht den Eyd falsch abzulegen. Ihm muß ferner bedeutet werden:

daß

daß die eydliche Verpflichtung wegen des Künftigen, ihn allemal da zum Meyneydigen mache, wo er nicht getreuliche Folge leistete oder wo er nur nicht allen Fleiß anwendete das Beste der Masse zu besorgen.

Die Pflicht des Falliten den Manifestations-Eyd abzulegen, ist aus der Ursache völlig unwidersprechlich, weil er Parthey in der Concurs-Sache ist, und so als der Schuldner, seinen Gläubigern alle mögliche Gewißheit über sein Vermögen geben muß. Allein, wenn es in dem Artikel 9. ferner heißt: daß wenn der Schuldner entwichen wäre oder anderweitige Ursachen die Curatores bewögen, von den Hausgenossen oder sonstigen Bekannten eine eydliche Erklärung über deren Wissenschaft von des Falliten Güter gefordert werden könnte, und diese dazu verpflichtet seyn sollten, — so fragt man mit mehrerem Bedenken nach dem rechtlichen Grunde. Alle diese Leute machen nicht Parthey bey der Sache aus, und haben an sich keine Pflicht den Gläubigern Gegenstände der Bezahlung nachzuweisen; was verbindet sie also zum Eyde? — Der Rechtssatz: daß um der Ausübung der Gerechtigkeit willen, jeder zu dem verbunden ist, was ihm nicht schadet. Wenn von dem Falliten selbst keine Angabe zu erlangen ist, oder Verdacht gegen seine Wahrhaftigkeit eintritt, so kann ohne der Mitwissenden Zeugniß, keine Gerechtigkeit ausgeübt werden; dadurch wird ihre Pflicht begründet. Nun ist es freylich dem Vorsatze zufolge, wahr, daß die Forderung einer eydlichen Erklärung von der Nichtparthey, nur ein Hülfsmittel beym Fehlen anderer Mittel seyn darf; man könnte daher an dem vorste-

henden Artikel es tadeln, daß er die Sache dem Gutdünken der Curatoren überlasse und ihnen so, fast eine richterliche Auctorität gäbe. Aber, diese mit Recht getadelte Sache, hat darum weiter keine schädliche Folgen, weil der, von dem der Eyd gefordert wird, seine Weigerungsgründe dem Prätor oder auch dem Senate zur Beurtheilung vortragen kann. Auf allen Fall thun Curatores besser sich der Erlaubniß des Gesetzes hier für sich zu handeln, nicht zu bedienen, sondern es ist rathsam erst die Gläubiger zu befragen, ob von den Hausgenossen der Eyd gefordert werden soll; und überdies bey zu vermuthender Weigerung des andern, sich zu Rath ein Decret auszubitten. (Wovon ich das mehrere bey dem Art. 15. vortragen werde.)

Der Manifestations-Eyd wird dem Falliten vor des ältesten Prätors Protocolle von dem gerichtlichen Actuare vorgelesen, und der Fallite schwört dahin: "was "mir vorgelesen bekenne ich wahr zu seyn, will auch demselben getreulich nachkommen; so wahr ꝛc." Der Eyd lautet folgendermaßen:

Ich N. N. schwere zu Gott dem Allmächtigen, daß ich bey meinem gegenwärtigen Fallissement von allem meinen Vermögen, von liegender und fahrender Haabe, von Gütern, Effecten, Waaren, Mobilien, Pretiosis, Geldern und Schulden, nichts, weder selbst, noch durch andere an die Seite gebracht, oder bringen lassen, vielmehr solche insgesammt den Curatoribus bono-

bonorum, und dazu verordnetem Buchhalter getreulich anzeigen, davon nichts, es sey hier, oder anderswo befindlich, verschweigen, verhehlen, noch unter mich schlagen und auf die Seite schaffen, meine Bücher, Correspondenz, und andere Briefschaften, ihnen unweigerlich einhändigen, und von allem, was sie zu wissen begehren, aufrichtige Nachricht ertheilen, auch denenselben sonst nach Möglichkeit an die Hand gehen, und übrigens mich allemal, wenn ich gefordert werde, sistiren, und bis zur gänzlichen, entweder gütlichen oder gerichtlichen Endschaft meiner Sache, ohne Einwilligung der Curatorum, aus dieser Stadt und deren Jurisdiction mich nicht begeben wolle. Imgleichen, daß ich vor völliger Entfreyung von aller Nachahmung nicht aus dem hiesigen nexu treten, noch auch der von irgend einer auswärtigen Landesherrschaft oder Obrigkeit mir etwa zu Theil werdenden Vorrechte mich auf einige Weise anmaaßen, auch niemals eine Dispensation oder Aufhebung dieser eydlichen Verpflichtung, durch Fürsprache einer fremden Puissance, zu erhalten suchen wolle. So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort!

Der

Der letztere Satz des Eydes: "imgleichen ꝛc. ist durch den 8. Additional-Artikel angeordnet worden, welcher bestimmt:

In dem von dem Falliten abzustattenden Manifestations-Eyde soll künftig die Angelobung inseriret werden, daß derselbe, wenn gleich über die jetzt vorhandene Massa der Accord getroffen, und er in Activität gesetzt seyn möchte, dennoch vor völliger Entfreyung von aller Nachahmung nicht aus dem hiesigen nexu treten, noch auch der von irgend einer auswärtigen Landesherrschaft oder Obrigkeit ihm etwa zu Theil werdenden Vorrechte sich auf einige Weise anmaaßen, auch niemals eine Dispensation oder Aufhebung dieser eydlichen Verpflichtung durch Fürsprache einer fremden Puissance zu erhalten suchen wolle.

Der Eyd ist in der That mit einer Genauigkeit formalisirt, daß die feinste Sophisterey schwerlich eine Einwendung finden kann, sich bey Unredlichkeiten gegen die Beschuldigung des Meyneydes zu vertheidigen. Der Ausdruck: "an die Seite gebracht oder bringen lassen," ist so weit greiffend, daß alle Arten von Veruntreuungen dadurch benannt sind. Ferner ist kein Eigenthum denkbar, welches sich nicht schon unter den ausdrücklich genannten Gütern befände. Es ist durch den bestimmtesten Ausdruck dem Falliten gewehrt, weiter etwas zum

Scha-

Schaden der Masse zu thun; und durch den Inhalt des bündigsten Versprechens dem Falliten zur Pflicht gemacht, sowohl den Vortheil der Masse zu besorgen, als keiner Forderung der Masse an ihn sich zu entziehen. Der Zusatz endlich: auch nach der Entschlagung unter der Stadt Gerichtsbarkeit bleiben zu wollen; giebt dem Nachmahnungsrechte die gröste Wirksamkeit. Dies Recht würde allerdings sehr erfolglos seyn, wenn es dem Falliten frey stände sich an einen fremden Ort hinzubegeben, oder sich einen Titel von einer auswärtigen Regierung zu verschaffen, der ihn der hiesigen Belangung entzöge. Endlich verhindert ihn sowohl das Versprechen sich um keine Fürsprache einer fremden Macht zu bemühen, diese zu suchen; als es die befriedigenste Antwort auf dergleichen Fürsprachen, wenn sie aus eigenem Antriebe geschehen würden, abgiebt, daß der Fallite sich derselben eydlich begeben habe.

Der Eyd den die Hausgenossen und die Bekannten, in nothwendigen Fällen, abzulegen haben; soll nach unserem Artikel, derselbe Eyd seyn, den der Fallite ablegt — "sothaner Manifestations-Eyd —"; allein es versteht sich, daß dann der Eyd anders formalisirt wird und nur dahin geht, angeben zu wollen was für Güter der Schwörende, von dem Falliten kennt. Die Frau des Falliten, hat, wenn ihr der Eyd abgenommen werden soll, nicht nöthig auf des Prätors Diehle zu erscheinen, sondern gewöhnlich verfügt sich der gerichtliche Actuar zu ihr in das Haus. Nach dem Art. 39. der Fallite-Ordnung sollen Wittwe und Erben einen Manifestations-Eyd schwören, wenn sie die Erbschaft des verstorbenen

Mannes an die Gläubiger abtreten; da aber dieser Eyd ganz anderer Art ist, als wovon hier die Rede ist, so gehören die Anmerkungen darüber zu der dortigen Materie; die Sache hier nur zur Bemerkung. (Ich gehe nunmehr, um in der gegenwärtigen Materie fortzufahren, zu dem Art. 14. u. f. über).

Art. 14.

Besondere Verordnung wegen des vom Fallito abzulegenden Manifestations-Eydes, und Strafe dessen, der solchen abzulegen sich weigert.

1) Würde ein Debitor den ihm Art. 9. vorgeschriebenen Eyd abzulegen sich wegern, der soll nicht nur aller, in dieser Ordnung den unglücklich gewordenen Personen zu gute gesetzten Wohlthaten verlustig seyn, sondern auch alsofort, auf der Curatorum Anzeige, von den Herren Gerichts-Verwaltern mit Haus-Arrest beleget, und darin bis auf weitere Verfügung, und geschehene nähere Untersuchung der Ursache seiner Widerspenstigkeit, aufbehalten werden.

Sicher Geleit für denjenigen, der den Eyd willig leistet, und Strafe dessen, der einen falschen Eyd gethan, oder sonst etwas, der fiscalischen Ahndung würdiges begangen.

2) Dahingegen diejenige, welche solchen Eyd willig leisten, eines sichern Geleits für

hies-

hiesige und fremde Schulden genießen, und während der Berichtigung des Credit-Wesens, mit keinem Personal-Arrest beleget werden sollen; es wäre dann, daß jemand im Verfolg der Sachen überführet werden könnte, daß er entweder einen falschen Eyd gethan, oder sonsten etwas, daß der fiscalischen Ahndung werth, begangen hätte; als in welchen Fällen das sichere Geleit ihm weiter nicht zu statten kommt.

Veränderungen der Deputation.

Es stand in dem Entwurfe dieses Artikels §. 1.: "in Arrest gezogen„; wofür gesetzt ist: mit Haus-Arrest belegt. Und §. 2.: "so lange der Concurs daurt„; wofür gesetzt ist: während der Berichtigung des Credit-Wesens.

Erläuterung.

Was ist zu thun, wenn der Fallite den Eyd abzulegen, weigert? Ihm werden die Vortheile genommen, die die Leistung des Eydes gewähren, und er wird mit Arrest belegt.

Die Vortheile sind zweyerley Art; von denen die den Eyd Ablegenden allen zukommen, handelt der §. 2.; von denen die den unglücklichen Falliten zukommen, der §. 1. Von jenen zuerst. Jedermann, dessen Concurs ordentlich erklärt ist, und der die ihm als Falliten, aufliegenden Pflichten erfüllt, ist vor Verhaftnehmung sei-

ner Gläubiger, auswärtiger sowohl wie hiesiger, sicher, — er hat ein sicheres Geleit; und er kann während des Concurs-Verfahrens auch von den Curatoren nicht mit persöhnlichem Arreste belegt werden. Dieses sind die ordentlichen beneficia cessionis, wie sie genannt werden. Die Rechtsgelehrten sind zum Theil in Verlegenheit, wie sie diese Benennung beneficia rechtfertigen wollen, und setzen deswegen hinzu, daß es flebilia beneficia wären; denn allerdings, ehe nicht der Fallite, als ein unglücklicher, bey Beendigung des Concurses freygesprochen wird, ist die persöhnliche Freyheit nur eine gefristete Freyheit.

S. Stracca de mercatura. pag. 85.

Was die eigentliche Beschaffenheit der den unglücklichen Falliten zukommenden Wohlthaten betrift, auseinander zu setzen, ist erst weiter unten der Ort; aber so viel bemerke ich hier, daß der Eyd-Weigernde nicht alle seine Pflichten erfüllt, daher mit Recht auch an dem Guten nicht Theil erhält, das ihm im entgegensetzten Falle zugesprochen werden muß. Indeßen ist der Eyd-Weigernde noch kein überführter Betrüger, er ist nur ein verdächtiger Mann; daher ist der über ihn zu verhängende Arrest nichts weiter, als eine einstweilige Verfügung zur Sicherheit; nun werden die Ursachen der Weigerung untersucht, der Inquisitions-Proceß wird gegen ihn angefangen. Es können andere, als böse Ursachen bey dem Falliten vorhanden seyn. Aengstlichkeit, oder falsche Begriffe von der Schicklichkeit des Eydes, können schwache Menschen so beherrschen, daß sie lieber körperliche Leiden erdulden, als den Eyd leisten der wi-

der

der ihr Gewissen ist. Gegen diese mit Schärfe oder mit Strafen zu verfahren, würde grausam und ungerecht seyn. Ich bin überzeugt, daß man solchen Leuten die Wohlthaten der Falliten-Ordnung nicht versagen kann; vorausgesetzt freylich, daß die entschuldigenden Ursachen über allen Zweifel erwiesen wären, und auch sonst ein bündiger Beweiß allen Verdacht widerlegte, ob auch den Gläubigern alle Güter überliefert worden wären. Wird der Eyd-Weigernde als Betrüger erfunden, so wird er als solcher bestraft; ihm wird der fiscalische Proceß gemacht.

Das Benehmen der Curatoren in dem vorkommenden Falle, beschreibt der obenstehende Artikel sehr einfach. Sie machen die Anzeige an einen der Gerichts-Verwalter zur Erlangung des Haus-Arrestes, (der Fallite kann nicht in ein Gefängniß geführt werden;) und denunciren die Sache zu Rath zur Einleitung der Untersuchung.

Mit dem boshaften Eyd-Weigernden steht derjenige in gleicher Verdammniß, der den Manifestations-Eyd falsch gethan, oder dawider gehandelt hat. Er verliehrt als falsarius die Wohlthaten; und auf die geschehene Anzeige wie vorhin, wird der Arrest, der inquisitorische und fiscalische Proceß über ihn verhängt. — Was ist zu thun wenn der Fallite abwesend ist, oder flüchtig geworden ist? Hierüber geben die Artikel 15 und 16, die Auskunft.

Art. 15.

Wie ein flüchtiger Debitor mit Steck-Briefen zu verfolgen.

1) Hätte sich der Debitor auf flüchtigen Fuß gesetzet, so soll er auf der Curatorum Verlangen mit Steck-Briefen verfolget werden.

Und dessen Familie und Gesinde zum Manifestations-Eyde anzuhalten.

2) Und wenn sodann die Art. 9. benannte Personen, auf Begehren der Curatorum, den Manifestations-Eyd abzulegen, sich wegern, sollen sie jedoch von den Herren Gerichts-Verwaltern, ohne daß eine Provocation zu Gerichte hiebey statt haben könne, dazu angehalten werden können; auch, wenn solche Weigerung von der Frauen, im Hause befindlichen Kindern, und Bedienten geschehen sollte, diese insgesammt, bey Strafe des Gefängnisses, allenfalls auf Wasser und Brodt, die übrigen Art. 9. erwehnte Personen aber durch Geld-Busse, welche bis zur Gelebung zu widerholen und zu verhöhen, dazu genöthiget werden. Solte aber jemand von diesen Personen einige Ursachen, warum derselbe mehrgemeldeten Manifestations-Eyd nicht schwören könnte, bey

einem

einem der Herren Gerichts-Verwaltern anführen, so soll zu Unser, des Raths, Erkenntniß stehen, ob und in wie weit selbiger damit zu verschonen, oder dazu anzuhalten.

Zusätze der Deputation.

Der letzte Abschnitt des §. 2.: "Sollte aber —„ bis zu Ende, ist zugesetzt.

Art. 16.

Fälle, worinnen auch einem flüchtigen Debitori das sichere Geleit zu gestatten.

1) Ob zwar ein Debitor, der sich auf flüchtigen Fuß setzet, sich durch seine Flucht, wie unten mit mehrerm angezeiget werden wird, zum boshaften Schuldner macht, solchemnach keines sichern Geleits würdig ist, so wollen Wir uns Uns dennoch, auf der Curatorum bonorum Begehren, zum Besten der Massae, nicht entlegen, auch diesen Flüchtigen ein sicher Geleit auf 2, 3, und mehrere Monate zu ertheilen.

Verfügung und Strafe gegen denjenigen, der binnen der gesetzten Geleit-Zeit sich nicht einstellet.

2) Würde er aber auch diese obrigkeitliche Milde in den Wind schlagen, und binnen der gesetzten

Zeit sich nicht einstellen, so soll er um so viel mehr mit Steck-Briefen auf das eifrigste verfolgt, hiernächst per edictales vorgeladen, überdies in den öffentlichen Zeitungen, als ein entwichener Betrieger, mit Vor- und Zunahmen genannt und beschrieben, anbey sein Nahme, als eines boshaften Falliten, an der Börse, auf einem dazu zu verfertigenden schwarzen Brette, mit großen Buchstaben anzeichnet und aufgestellet, auch im übrigen weiter gegen ihn in peinlichem Gerichte, denen Rechten und dieser Ordnung gemäß, verfahren werden.

Erläuterung.

Die Artikel geben zwey Mittel den Falliten zurückzubringen, an; ein gütliches Mittel, und ein strenges Mittel. Die Curatores haben zu wählen, was den Umständen nach das Beste ist.

Das gütliche Mittel ist das sichere Geleit (salvus conductus) oder die Sicherheit vor persöhnlicher Verhaftung von seinen Gläubigern, das dem Falliten versprochen wird, wenn er gutwillig erscheinen würde. Das Geleits-Document, wird einmal an das Rathhaus angeschlagen, und ferner kömmt es darauf an, ob der Geleits-Brief dem Entflohenen privative mitgetheilt werden kann, oder ob sein Aufenthalt völlig unbekannt ist; im letztern Falle wird das Geleit in den Zeitungen bekannt

ge-

gemacht. — Das Verfahren hierbey ist folgendes. Die Curatores suppliciren zu Rath um die Erkennung des sichern Geleites. Sie tragen in der Supplik die Ursachen vor, die sie zu diesem Gesuche vermögen, und geben die Zeit an, wie lang sie den Termin zum Erscheinen, wünschen. Hierauf wird gewöhnlich gewierig decretirt; und unter Stadt-Siegel wird dann das Document ausgefertiget. Es lautet:

Salvus Conductus.

Wir Bürgermeister und Rath dieser Kayserlichen freyen Reichs-Stadt Hamburg thun kund und bezeugen hiermit für Jedermann: daß die hiesigen Handelsleute *N. N.* von uns bestätigte Curatores bonorum des abwesenden *N.* supplicando bey uns eingekommen sind und geziemend gebeten haben, ihrem genannten Curanden einen salvum Conductum zu ertheilen. Wann wir nun derselben Bitte per Decretum deferirt haben, als ertheilen wir dem obgedachten *N.* den salvum Conductum dahin auf 2 (3) Monate: daß er in dieser Stadt, derselben Jurisdiction und Gerichten frey ein- und ausgehen könne, seine defensiones nach Nothdurft führen, auch seinen Geschäften allhier geziemend obliegen und abwarten möge.

Zu mehrerer dessen Urkunde haben Wir gegenwärtiges Document, unter unserem gewöhnlichen Stadt-Siegel ausfertigen lassen. Actum d...

S. auch einen Geleits-Brief in Andersons Privat-Recht. 5ten Th. S. 220.

Die Curatores besorgen nöthigenfalls die Einrückung des Geleites in die Zeitungen *).

Folgt der Entwichene auf das angebotene Geleit, und stellt sich hier, so werden ihm wenn er sich dem Fallit-Rechte unterwirft, die Vortheile desselben gestattet. Sonst aber wenn er sich widersetzt, auch auf andere Art seine Gläubiger nicht beruhigen kann; so muß er eilen wieder fort zu kommen, oder er wird mit Arrest belegt.

Hat der Entwichene sich das angebotene Geleite nicht zu Nutze gemacht, so wird er mit Steckbriefen verfolgt und per Edictales unter Bedrohung des peinlichen Processes vorgeladen.

Bekanntlich sind die Steckbriefe eine allgemeine Requisition der einen Obrigkeit an alle auswärtige Obrigkeiten, den Flüchtigen fest zu halten, und an die requirirende Obrigkeit auszuliefern. Ein Steckbrief wie er im gegenwärtigen Falle erfordert wird, wird bey dem Senate durch eine Supplik von den Curatoren gesucht; die nöthige Beschreibung der Person wird beygelegt; und der

*) Ich füge dem obigen noch folgende Fragen hinzu:

1) Können wohl die Verwandten um das sichere Geleit bitten? — Ja, es ist mehrmals auf Anhalten der Frau, oder des Bruders ꝛc. ertheilet worden.

2) Ist es nothwendig eine bestimmte Frist zum Erscheinen, in den Salvum Conductum zu setzen? — Man könnte aus der Ursache die Frage bejahen, weil dadurch die Zeit festgesetzt ist, wann nun von den schärferen Mitteln Gebrauch gemacht werden kann; aber wir haben kürzlich den Fall gehabt, daß der Salvus Conductus keinen bestimmten Termin enthielt.

der Senat erkennt sodann, wenn sich die Sache dazu eignet, die Ausfertigung des Steckbriefes.

Nach der Folge der vorstehenden Artikel, sollte man glauben, daß die Einholung des Flüchtigen zuerst durch einen Steckbrief versucht würde, dann durch ein sicheres Geleit, und dann wieder mit einem ernstlicheren Steckbriefe. So lauten die Artikel (15. §. 1. und 16.) den Worten nach; allein unmöglich kann dies der Sinn seyn, weil dann ja ein Mittel durch das andere aufgehoben würde. Wenn daher im 15ten Artikel schon von Steckbriefen gesprochen wird, so versteht sich dies unter der Bedingung, daß die Curatores das Geleits-Mittel, wovon der Art. 16. §. 1. handelt, nicht gebrauchen wollen. Und wenn es ferner im §. 2. heißt, daß der Flüchtige "so viel mehr mit Steckbriefen auf das eifrigste verfolgt werden solle" so heißt dies wohl nichts weiter, als daß dies Mittel dann unbedenklich zu ergreiffen wäre. Denn allerdings sind die Steckbriefe ein für den Entwichenen zu entehrendes Mittel, als daß sie ohne einige schonende Rücksicht, sogleich gewählt werden sollten. Eher noch könnte man sogleich die Edictal-Ladung gebrauchen, welche dem Entwichenen zwar kein sicheres Geleit zusichert, aber doch nicht an und für sich entehrt. Es wird dies Mittel auch zuweilen angewendet.

Die Edictal-Ladung ist,

wie in Andersons Privat-Recht. Th. 5. S. 143. sehr richtig von dem Proclame unterschieden wird,

die gegen nahmhaft gemachte Personen, gerichtete öffentliche Citation. Wenn nun Gläubiger oder die Curatores des flüchtigen Falliten, die Edictal-Ladung

gegen

gegen diesen auswirken wollen, so imploriren sie darum das Nieder-Gericht. Von diesem wird die gewöhnliche Nachfrage erkannt; und nachdem der Gerichts-Vogt die Entfernung des Schuldners bezeugt hat, so wird die öffentliche Ladung erkannt. Diese wird den Zeitungen eingerückt; und nach gewöhnlicher Frist von 6 Wochen und 3 Tagen, wird wenn der Schuldner nicht erschienen ist, die Sache fiscalisch betrieben. Von diesem fiscalischen Verfahren ist unten bey dem Art. 103. zu handeln. — In Andersons Privat-Recht, am angeführten Orte, ist ein mehreres über das Verfahren bey der Edictal-Ladung zu finden. Eben daselbst ist S. 221, (unter den Beyspielen n. 9. H.) der Inhalt einer öffentlichen Ladung folgendermaßen zu finden:

Von E. hiesigen Wohll. Nieder-Gerichte ist auf geziemendes Ansuchen der Curatorum bonorum des entwichenen *N.* Citatio edictalis gegen gedachten *N.* ergangen, daß er zwischen nun und den 5. Nov. 1784. zur Ableistung des Manifestations-Eydes und Gebung schuldiger Rechenschaft und Antwort sich allhier persöhnlich einstelle, mit der Verwarnung daß, falls derselbe keine Folge leisten werde, — sein Name als eines boshaft entwichenen Falliten am schwarzen Brett hiesiger Börse affigirt werden solle. Hamb. den 9. Sept. 1784. — Oder, daß wider ihn nach Vorschrift der Gesetze werde verfahren werden.

Erscheint der Schuldner auf die Ladung, so kann er allerdings die Aufhebung des Concurses bewirken, wenn er im Stande ist, seinen Gläubigern sogleich ein Gnüge zu thun. Sonst aber muß er sich der Falliten-Ordnung unterwerffen oder er wird festgenommen. — Wir hatten neulich den Fall, daß ein Schuldner, — über dessen Güter

von

von den Gläubigern Concurs verhängt war da der Schuldner sich entfernet hatte, — freywillig, noch ehe die Edictal-Ladung ergangen war, zurück kam, gegen den Concurs protestirte und die Aufhebung desselben verlangte, weil er in vermöglichem Stande wäre. Ihm ward aufgelegt durch eine Bilanz über sein Vermögen, den Beweiß zu führen. Da stockte es; und nun hatte der Concurs Fortgang, und der Schuldner unterwarf sich.

Ich habe noch nach Anleitung des Artikels 15, dem oben (S. 350.) Vorgekommenen, die Mittel hinzuzusetzen welche gestattet sind, die Eyd-weigernden Hausgenossen und Bekannten des Falliten zum Eyde zu zwingen. Die Mittel sind sehr hart; die Frau, die im Hause befindlichen Kinder und die Bedienten sollen mit Gefängniß-Strafe, allenfalls bey Wasser und Brodt, belegt werden. Die andern, ausser dem Hause befindlichen Kinder und Bedienten, und die übrigen Bekannten werden mit Geld-Strafen, erneut und erhöht, so lange belegt bis sie den ihnen zuerkannten Eyd ablegen. Die Cutatores lassen zu dem Ende citiren, und die Strafe wird im Falle der Nichterscheinung erkannt. Es versteht sich daß die Erhöhung der Strafe nicht in das Unendliche gehen kann; wenigstens würde der Ausbleibende nach mehrmals verwirkter Strafe ex officio über seinen Ungehorsahm vernommen werden müssen. Aber was endlich anzufangen wäre, wenn sich der Ungehorsahme durch noch so harte Strafe nicht beugen ließe; darüber läßt sich nichts bestimmtes sagen. Der Fall, daß einer lieber hohe Geld-Strafen sich abnehmen

läßt,

läßt, als den verlangten Eyd zu leisten, wird so leicht nicht eintreffen, als daß darauf hinausgedacht werden müßte.

Eine wichtigere Frage ist: wer erhält das Strafs-Geld? der Fiscus; es kömmt in die Prätur-Casse. Denn es ist nicht bestimmt, daß sonst jemand, vielleicht die Masse, es erhalten sollte. Und dies mit Recht. Denn kann die Masse Schaden dadurch leiden, daß der Eyd nicht abgelegt wird, so leidet sie doch nicht unmittelbar dadurch, daß der Verpflichtete zuerst halsstarrig gewesen ist. Es ist hier ein anderer Fall, als der oben (S. 248.) beregte ist. Kann die Masse, wenn der Eyd keinesweges abgelegt wird, hieraus einen Schaden erweisen; so hat sie meines Bedünkens, ihre Klage an den Weigernden besonders.

In beyden Fällen, der Fallite mag sich dem Concurs-Rechte unterworffen und den Manifestations-Eyd abgelegt haben, oder er mag entwichen oder gestorben seyn; fragt es sich: welche Mittel haben die Curatores ausser dem Manifestations-Eyde, die Ausstände der Masse zu erfahren, und alle Gläubiger die an der Masse Theil nehmen wollen, (statum activi et passivi) zu erforschen? denn im letzteren Falle, (da der Schuldner nicht hier ist) fehlt es an der Hauptperson die Auskunft geben kann; und im ersteren Falle, kann der Fallite immer noch zu betrügen die Absicht haben, und was die Gläubiger betrift, welche an der Masse Antheil nehmen wollen, keine zuverläßige Auskunft geben können. — Hier geben uns die Art. 11. und 12. die Vorschriften.

Art. 11.

(Der Artikel steht schon oben S. 340, weil der erste Abschnitt desselben dorthin gehörte; der zweyte Abschnitt wird hier erläutert; ich setze denselben zur Bequemlichkeit der Leser hier wieder hin):

Sollten (Curatores) aber das Mandatum arrestatorium, und das Proclama zur Ausfündigmachung der Creditorum, oder anderer Ursachen halber, mithin auch gerichtliche Passus zu machen, nöthig finden; so werden sie hiemit angewiesen, den Universal-Arrest üblichermaaßen bey Einem der Herren Praetorum zu suchen, damit darauf die Wache hinein gelegt, und die Versiegelung bewerkstelliget werden könne.

Art. 12.

Die Verfolgung des Concursus kann von niemanden als a Curatoribus geschehen.

Sollte die Wache schon vorher von einem oder mehreren Creditoribus eingelegt, mithin der Universal-Arrest bereits verhänget seyn, so hat derselbe, wie Art. 10. disponiret ist, in Ansehung des Impetrantis zwar weiter keinen

Effect,

Effect, indem von nun an keinem Privat-Creditori, einen Concurs über seines Schuldners Güter auszuführen, mehr erlaubt seyn, sondern die Prosequirung eines Concurses ledigsich denen Curatoribus bonorum obliegen soll; Gleichergestalt denn auch der präsidirende Herr Bürgermeister niemanden, als diesen Curatoribus, das Mandatum arrestatorium erlauben wird; jedoch steht Curatoribus auf solchen Fall, da nemlich die Wache schon im Hause lieget, frey, dieselbe wieder heraus zu nehmen, oder solche zur Sicherheit im Hause zu lassen. Verlangen sie das erstere, so wird ihnen der Herr Gerichts-Verwalter, welcher den Universal-Arrest erlaubt hat, mit der Cassation desselben, auch ohne die andre Parthey vorher vernehmen zu dürfen, nach bloshin vorgezeigtem Decreto confirmatorio, nicht entstehen. Finden sie aber das letztere rathsamer, so sind die Creditores, die den Universal-Arrest erhalten, oder demselben inhärirt haben, ihnen die darüber a Dnis Praetoribus erhaltene Extractus Protocolli einzuliefern verbunden; Würden sie sich dessen wegern, so sollen solche Documenta hiemit cassiret seyn, und der Universal-Arrest,

als

als wenn er a Curatoribus bonorum selbst angelegt wäre, geachtet werden.

Erläuterung.

Wenn die nicht gerichtlichen Mittel zu dem oben angegebenen Zwecke, nicht hinreichen, so können die Curatores sich der gerichtlichen Mittel des Arrestes und des Proclames bedienen; dies ist die Anordnung die der 11te Artikel machen will. Die Sache ist freylich etwas undeutlich in dem Artikel ausgedrückt. Erst wird von dem Geschäfte das schon vor gewesen ist, gesprochen, über die Besitznahme der vorhandenen Güter; und dann wird von der sicheren Verwahrung derselben, der Uebergang zu dem gemacht, was zur Constituirung der Masse erforderlich ist. Dem sey indeß wie ihm wolle, genug es ist durch diesen Artikel festgesetzt, daß es zwey gerichtliche Erforschungs-Mittel gäbe, und daß es in der Willkühr der Curatoren stehe, sich der gerichtlichen Erforschungs-Mittel zu bedienen oder nicht. Welches noch durch den §. 3. des 74sten Artikels bestätiget wird.

Die Umstände welche die Curatores veranlassen können, des Universal-Arrestes sich nicht zu bedienen, sind: wenn der Fallite ein anerkannt rechtschaffener Mann ist, von dem man überzeugt seyn kann, daß er alle seine Güter der Masse hingeben und die Ausstände alle getreu angeben werde, und wenn übrigens seine Handlungsbücher in Ordnung sind. Die Umstände die das Proclam unnöthig machen, sind: wenn das Schuldwesen leicht zu übersehen ist, so daß man mit einigem Vertrauen

auf die Wissenschaft aller Gläubiger von dem Concurse, rechnen kann.

Das Verfahren unter diesen Umständen, um den Concurs auszuführen, hat nun wenig Schwierigkeiten. Die Curatores treiben die ihnen angegebenen Ausstände ein, machen die Güter zu Gelde, (deren Verkauf, was die unbeweglichen betrift, sie jetzt nur bey den Bürgermeistern oder Prätoren zu bitten nöthig haben Art. 19.) und versammeln dann die ihnen bekannten Gläubiger, in der Commission, zur Proponirung eines Accordes.

Das gerichtliche Verfahren um die Constituirung der Masse vollkommen zu machen, besteht nun erstlich, in dem Universal-Arreste. Das Mittel, die vorhandenen Güter in besondern richterlichen Gewahrsam zu bringen, und die Ausstände (den statum activum) dadurch zu erfahren, daß den Schuldnern die Pflicht aufgelegt wird, selbst zu kommen um ihre Schulden anzugeben, ungeachtet, aber freylich auch unbeschadet, ihrer Gegenforderungen und ihrer Gegengerechtsahme *).

Ich

*) Vielleicht sind manche meine Leser nicht mit mir darüber einig, daß der Universal-Arrest ein gerichtliches Mittel wäre; weil ja der Arrest von dem Prätor, und das Mandatum arrestatorium von dem Bürgermeister erkannt wird. — Ich sehe beyde Erkänntnisse nur als Mittel an, den Arrest-Proceß zu eröfnen, als dasjenige was sonst die Verweisung zu Gericht ist. Denn der Arrest-Proceß ist doch ein gerichtliches Verfahren, die Angabe der Schulden geschieht im Nieder-Gerichte, der Gerichts-Vogt ist es der die Güter unter Siegel hat ehe Curatores erwählt sind, und der Artikel 11. und auch die Ueberschrift des Artikels 18, nennen sowohl das Proclam als den Arrest, gerichtliche Mittel.

Ich werde zuerst das Verfahren bey Anwendung des vorstehenden Rechtsmittels beschreiben, und sodann die Gerechtigkeit desselben, untersuchen.

Die erste Frage bey dem Vorsatze den Arrest-Proceß im Concurse zu führen, ist die: wie wird der Universal-Arrest gelegt? Von dem Prätor. Es kömmt darauf an, ob von einem Gläubiger schon vor ausgebrochenem Concurse der Arrest angelegt ist, oder nicht. Im letzteren Falle suchen die Curatores als solche, mit Vorzeigung des Decrets zur Confirmirung ihrer Curatel, bey dem Prätor um die Erkennung des Universal-Arrestes an, ohne daß nöthig wäre die Ursachen die sie zur Ergreifung dieses Mittels bewegten, anzugeben. Das Ansuchen geschieht gemeiniglich durch einen gerichtlichen Procurator. Dem Gesuche wird mehrentheils unbedenklich sogleich gewillfahret. Folgender Extractus Protocolli macht die Sache deutlich:

Veneris d....

In Fallit-Sachen N. N.

S. nom. A. A. et B. B. als Curatorum bonorum dicti Excitati, producit das decretum confirmatorium, et petit zum Behufe des mandati arrestatorii den Universal-Arrest.

Erkannt: der gebetene Universal-Arrest.

Im ersteren Falle, da schon der Universal-Arrest gelegt ist, bedarf es der Erkennung eines neuen, nicht weiter; sondern die Gläubiger müssen laut der Vorschrift des obenstehenden Artikels, die Extractus Protocolli an die Curatores abgeben. Jedoch darf man sich, die Weigernden dazu zu zwingen nicht lange aufhalten, sondern soferne aus diesen Documenten die

Gläubiger Befugnisse für sich herleiten möchten, werden die Documente durch gegenwärtiges Gesetz, ipso jure also, cassirt; es wird auf den Impetranten nicht mehr gesehen, sondern sobald das Protocoll den gelegten Arrest bezeugt, so können Curatores mittelst eines neuen Extractus sich desselben bedienen, um den Arrest-Proceß zum Besten der Masse fortzuführen.

Nach erlangtem Erkänntnisse des Universal-Arrestes, producirt der impetrantische Procurator das Erkänntniß vor dem Protocolle des präsidirenden Bürgermeisters, und bittet das mandatum arrestatorium. Nach Maaßgabe folgenden Extractus Protocolli:

Veneris d ....

In Fallit-Sachen N. N:

S... producit Documentum puncto erkannten Universal-Arrestes, petendo das mandatum arrestatorium zu erkennen.

Erkannt: das gebetene mandatum arrestatorium.

Der Bürgermeister erlaubt nur die Ausfertigung des Mandats, aber es wird im Namen des Senats erlassen. Es hat das arrestatorische Mandat seine gewöhnliche Formel, in solcher wird es von dem Cancellisten, der bey dem gerichtlichen Protocolle ist, ausgefertigt, und sodann von dem Protonotare besiegelt. Alles dieses müssen die Curatores befördern, und dann auch die Anschlagung des Mandats an das Rathhaus, (welche durch den Rathhausschließer geschieht) besorgen. Eben so auch die Bekanntmachung in den Zeitungen. Diese letztere Art der Bekanntmachung ist zwar nicht ein wesentliches Stück, um die Wirkungen des Mandats zu erlangen, sondern nur jenes Anschlagen an das Rathhaus;

haus; aber die Zeitungen geben doch die beste Publicität, daher ist die Sache rathsam. — Ein mandatum arrestatorium lautet nachstehendermaßen:

Wir Bürgermeister und Rath der Stadt Hamburg fügen hiermit zu wissen, was maaßen Wir auf Anhalten der Curatorum bonorum des Falliten N. N., auf desselben Falliten sämmtliche Haab und Güter, auch Handlungs-Bücher, Schriften und Rechnungen bey allen und jeden, wo dessen etwas vorhanden, einen Universal-Arrest vergönnet und angeleget haben. Befehlen und gebieten darauf bey Poen Fünf Hundert Reichsthaler allen und jeden dieser Stadt Bürgern, Bürgerinnen, Einwohnern und Unterthanen, daß ein jedweder alles dasjenige, was dem ermeldeten Schuldner zugehöret, und er in seinen Händen, Gewahrsam oder Verwaltung hat, ungeachtet ihm das verpfändet, versetzet, zu getreuer Hand hinterleget, oder auf andere Weise von dem Schuldner selber oder durch jemand anders seinentwegen zur Hand gebracht wäre, auch was einer von dessen Gütern allhie oder anderswo mit Arrest beschlagen lassen, wie das alles Namen haben mag, nichts ausbeschieden, imgleichen was einer demselben an Geld oder Waaren zu bezahlen oder zu liefern schuldig ist, ungeachtet einiger compensation, retention oder praetension, so er dawider einzuwenden haben mögte, innerhalb 14 Tagen nach publication und Anschlag dieses bey dem Gerichts-Schreiber unterschiedlich mit seiner Hand verzeichnet, übergeben, und da er nicht schreiben kann, mündlich vermelden soll. Mit angehängter dieser Verwarnung, daß woferne inskünftig jemand befunden oder betreten werden sollte, der diesem mandato nicht nachgelebet, sondern wissentlich etwas verschwiegen hätte, derselbe ipso facto in die gedräuete Poen der 500 Rthlr. verfallen, und nichts destoweniger was er nicht angesaget, von sich zu geben und zu bezahlen, oder da er die bey sich habende Güter alieniret hätte, den rechten Werth zu erstatten

schuldig seyn soll. Denenjenigen aber, welche diesem Mandato pariret, und die unterhabende, oder anderswo verarrestirte des obgenannten Schuldners Güter, Gelder und Waaren angezeiget haben, soll dadurch an ihren Rechten, Actionen und Exceptionen, durchaus nichts praejudiciret oder benommen seyn. Wir verkünden, warnen und befehlen auch, daß ein jeglicher dieser Stadt Bürger, Einwohner und Unterthan, der zu ermeldetem Schuldner Spruch und Foderung hat, bey dem Gerichts-Schreiber innerhalb vorbestimmter Zeit sich anmelden, seine Action und Forderung umständlich auch unterschiedlich mit Benennung Tages und dati, wann ihm derselbe solches schuldig geworden, schriftlich unter seiner Hand, oder mündlich, wenn er nicht schreiben kann, profitiren und einzeichnen lassen soll. Wornach sich ein jeder zu richten und für Schaden zu hüten hat. Lunae d . . .

Die Anzeige in den Zeitungen ist nur kurz, und wird häufig dem von dem Nieder-Gerichte erkannten Proclame angehängt. Sie lautet wie folgt:

Von Einem H. H. Rath dieser Stadt ist auf Anhalten der Curatorum bonorum des Falliten N. N. ein mandatum arrestatorium über alle des Falliten Güter und Effecten erkannt und valvis curiae affigirt worden, vermöge welches allen und jeden, die von besagtem Falliten Waaren, Güter, Effecten oder sonst etwas in Händen haben, ohnerachtet sie daran ein Pfandrecht, Compensation, Retention oder sonstige Befugniß vorzuschützen haben möchten, anbefohlen worden, solches bey 500 Rthlr. Strafe und Verlust des ihnen daran zustehenden Rechts innerhalb 14 Tagen gehörigen Orts anzugeben.

Hamburg d . . . 17 . . .

Bey einem Arreste der zur Erlangung des mandati arrestatorii von den Curatoren angelegt wird, hat der Gerichts-Vogt weiter nichts zu thun, die vorhandenen Güter bleiben unter dem Gewahrsahme der Curatoren. —

Uebri-

Uebrigens ist der Inhalt des Mandats deutlich genug, als daß es mehr als einiger Anmerkungen bedürfte um die Sache zu erläutern. Die Wirkung des angelegten Arrestes wird sehr vollständig angegeben; die Schuldner oder sonst dem Falliten, zu irgend einer, das Vermögen betreffenden Leistung Verpflichteten, sollen sich bey dem Gerichtschreiber melden, und zwar in 14 Tagen. Es geschieht diese Meldung auf dem niedergerichtlichen Comtoire. Die Art der gehörigen Angabe ist diese: daß sowohl die Schuld, als deren Ursache, und im Falle einer Gegenforderung, daß die Einwendung gegen die Bezahlung, wenigstens im allgemeinen angezeigt werden. Die Strafe des wissentlichen Entgegenhandelns dieses Mandats, heißt es ferner, soll ipso facto eintreten. Demnach wird nicht erst ein fiscalischer Proceß erfordert. Es versteht sich aber, daß hier die Curatores die Denuncianten seyn müssen, und sowohl die Schuld als das wissentliche Verheelen und die Betrügerey des Angeklagten, strenge beweisen müssen, ehe sie die Execution der Strafe erlangen können.

Am Ende werden auch noch die Gläubiger, sich anzugeben aufgefordert. Dies hat indeß weiter keine Absicht, als anzuzeigen, daß nun auch die Forderungen der gerichtlichen Untersuchung anheim gegeben werden sollen; eine Präclusiv-Wirkung ist nicht in dem Arrestatorio angedroht, und kann auch nicht statt haben, weil dem Nieder-Gerichte die Erkennung der Proclame zukömmt.

Ehe ich fortfahre den Arrest-Proceß zu beschreiben, sey es mir erlaubt über die Gerechtigkeit dieses Rechtsmit-

tels einige Bemerkungen zu machen. — Was die positive Rechtmäßigkeit betrift, so ist der Universal-Arrest, von der Art wovon hier geredet wird, wohl eigentlich nicht im gemeinen Rechte gegründet, sondern er ist mehr deutsches Particular-Recht.

S. Mevius de Arrestis.

Unser Stadt-Recht enthält den Arrest-Proceß im P. 1. Tit. 43. Art. 2. Statuti. Es heißt daselbst:

Wenn auch die Creditoren, nach beschehener Austretung, oder gefänglicher Verhaftung obgedachter, oder auch nach tödlichem Abgange der in Schulden vertieften Debitoren, bey den Worthaltenden Bürgermeistern oder Gerichts-Verwaltern nun fernere Hülfe anlangen werden; soll ihnen auf des flüchtigen, eingezogenen, oder verstorbenen Haab und Güter ein Arrest vergönnet und geleget, auch dieselben alsobald durch den Gerichts-Schreiber inventiret werden. Und damit sich niemand, seiner Unwissenheit halber, zu entschuldigen habe, soll alsobald, unter dieser Stadt-Signet, ein öffentlich Mandat an das Rathhaus angeschlagen, und einem jeden dieser Stadt Bürger, Bürgerinnen, Unterthanen und Einwohner, bey einer nahmhaften und ansehnlichen Poen, auferleget und geboten werden, daß ein jeder alle dasjenige, was dem flüchtigen, oder in Schulden verstorbenen Debitori zugehöret, und er bey sich hat, wie das Nahmen haben mag, nichts ausbeschieden, imgleichen was ein jeder demselben Falliten oder verstorbenen, an Gelde oder Waaren zu bezahlen und zu liefern

schuldig,

schuldig, in vierzehn Tagen, den nächsten nach beschehenem Anschlage, bey dem Gerichtsschreiber, unterschiedlich, mit seiner eigenen Hand verzeichnet, übergeben, und da er nicht schreiben kann, mündlich vermelden solle. Und da hernacher befunden würde, daß jemand diesem Gebote in bestimmter Zeit, nicht nachgelebet, sondern wissentlich etwas verschwiegen hätte; gegen denselben soll mit der in dem Mandato benannten Poen unnachläßig verfahren werden, und er nichts desto weniger, was er nicht angesaget, von sich zu geben und zu bezahlen, oder da er die bey sich habenden Güter alieniret hätte, den rechten Werth zu erstatten schuldig seyn.

Das ganze Verfahren beruhet also auf einer gesetzmäßigen Einrichtung. Aber, will man das Positive nicht allein Richter über die Gerechtigkeit des Rechtsmittels seyn lassen, so ist allerdings manches zu erinnern. Ist es gerecht, fragt sich dann, daß der Schuldner dem Gläubiger entgegen kommen muß? Sonst wartet der Schuldner bis der Gläubiger fordert, der erstere ist nicht verpflichtet den andern auf dessen Gerechtsahme hinzuweisen, auch hat er nicht nöthig den Titel aus dem er eine Sache besitzt, anzugeben, noch endlich darf er seine Einreden rechtfertigen, wenn der Kläger nicht Ursache hat, ihnen in der Replik zu widersprechen. Es heißt im römischen Rechte:

Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque juris neque aequitatis ratio permittat, vt alienorum instrumentorum in-

ſpiciendorum poteſtas fieri debeat. Actore non probante qui convenitur, etſi nihil ipſe praeſtat, obtinebit. L. 4. C. de edendo.

Aus dieſem Rechtsſatze ſind die Vorſchriften des Proceſſes genommen: daß der Kläger einen beſtimmten Gegenſtand des Rechtsſtreits angeben müſſe, dem ein rechtlicher Grund unterliege; und daß bey perſöhnlichen Klagen, die Urſache des behaupteten Rechtes, (cauſa remota), bey dinglichen Forderungen, der Titel, (die Befugniß, ohne Anführung des Entſtehungsgrundes eines Anrechts, cauſa proxima,) das Hauptſtück der Klage ausmache.

S. Schmidt gerichtliche Klagen. 1ſten Theil 1ſtes Hauptſtück.

Berger Oeconom. Juris. Lib. 4. Tit. 15. §. 2. 3.

Da nun dieſe Rechtsſätze, nicht allein poſitiv, ſondern der Natur der Sache völlig angemeſſen ſind, ſo iſt es freylich um ſo auffallender, daß bey dem Univerſal-Arreſte grade das Gegentheil vorkömmt. — Einigermaßen ſtimmt L. 1. C. de edendo zu der Maaßregel, die in dem Arreſtatorio genommen iſt; es heißt: ipſe diſpice quemadmodum pecuniam quam depoſuiſſe dicis, deberi tibi, probes. Nam quod deſideras vt rationes ſuas adverſaria tua exhibeat, id ex cauſa ad judicis officium pertinere ſolet. Aber freylich heißt es in dieſem Geſetze ja ſelbſt, daß es wohl Urſachen gebe, um welcher der Richter in einzelnen Fällen die Einſicht der Rechnungen des Gegners erlauben könne, (wie den Fall im L. 10. de edendo. vide Brunnemann Commentar. ad C. ad Tit. de edendo);

edendo); aber nicht in allen Fällen, und nicht hier wo über ein Depositum der Beweiß geführt werden sollte. Das römische Recht gestattet also nichts, als daß dem Richter zuweilen freystehe, den Beklagten die Mittel zu seinem eigenen Verdammungs-Urtheile hergeben zu lassen. Wenn sich indeß aus dem römischen Rechte auch ein mehreres herleiten ließe, so ist damit für die Gerechtigkeit der Sache noch nichts hinlängliches bewiesen. — Der einzige Grund, der dem Arrestatorio bey der Gerichtigkeit eine gute Aufnahme zu verschaffen, vermögend ist, ist die Unmöglichkeit auf andere Art die Wahrheit herauszubringen. Denn, wie soll man sich helffen wenn die Bücher der Falliten entweder offenbar falsch oder wenigstens höchst verdächtig sind, oder gar, wenn der Fallite überall keine Rechnungen geführt hat; ferner wenn der Fallite entweder todt oder entwischt ist, also keinen Manifestations-Eyd ablegt, oder wenn er des falschen Eydes zu überführen ist. Je ausserordentlicher aber das Rechtsmittel des Arrestatorii ist, um so eher darf man annehmen daß es vorsichtig gebraucht werden müsse, und, wenn auf andere Art die Wahrheit erforscht werden kann, (vielleicht durch die Hausgenossen des Falliten), daß der ordentliche Weg Rechtens nicht überschritten werden dürfe. Ferner folgt daraus, daß das Arestatorium nur bey hiesigen Fallissements statt haben dürfe; daß also weder wegen eines auswärtigen Fallissements, auf Requisition, hier ein Arrestatorium erlassen werden werde, noch die hiesigen Bürger verpflichtet werden könnten, sich auf fremde Arrestatoria zu melden; um so weniger als die hamburgischen

gischen Arrestatoria auswärts wirksam gemacht werden möchten *).

Wenn die Schuldner des Falliten sich gemeldet haben, so müssen nun sowohl die unbedingt angegebenen Gelder und Güter erhoben werden, als die Einrede der Gegenforderung untersucht und ein Urtheil über sie gefället

*) Wir haben kürzlich folgenden Fall in Hamburg gehabt; ein aus England entwichener Schuldner, wurde von seinen dortigen Gläubigern verfolgt und hier verhaftet. Es war dringende Vermuthung, daß einer seiner hiesigen Correspondenten zum Betruge der Gläubiger, mit dem Schuldner unter einer Decke gespielt hatte. Die Vermuthung einer betrügerischen Durchstecherey, ward aus einer Conto-Corrent genommen, welche der hiesige Correspondent dem Schuldner geschickt hatte, und die sich unter dessen Papieren fand. In den Büchern des Falliten war der Inhalt der Conto-Corrent anerkannt. Die Bevollmächtigten der Gläubiger in England, belangten den hiesigen Correspondenten zur Rechtfertigung der Conto-Corrent. Aber der Proceß ging mit den Kosten verlohren. Ungeachtet, ausser der dringenden Vermuthung auch noch der Grund angeführt ward, daß nach der Meynung angesehener Rechtsgelehrten,

unter andern Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen. Leipzig 1793.

eine Conto-Corrent als ein gemeinschaftliches Document angesehen wird, folglich auch als solches gerechtfertiget werden muß. — Den Klägern wurde übrigens vorbehalten, wenn sie Eigenthumsrechte auf Güter, in des Beklagten Besitz oder sonst erweißliche Forderungen an denselben haben möchten, solche geltend zu machen. Dazu waren sie freylich nicht im Stande, sie wollten die Waffen gegen den Beklagten, erst mit einer vorläufigen Klage von diesem erlangen.

fället werden muß. Nach den Vorschriften unseres Stadt-Rechts P. 1. Tit. 17. Art. 13, soll ohne einen Concurs vorauszusetzen, jeder Proceß zur Erhebung arrestirter Güter im Nieder-Gerichte geführt, und daher wenn die Güte in der aussergerichtlichen Instanz nicht statt findet, die Sache an dasselbe verwiesen werden.

S. Andersons hamb. Privat-Recht. Th. 5. zum 17ten Titel.

Indeßen sind die gerichtlichen Processe seit geraumer Zeit weniger häufig, und wenn die Partheyen damit zufrieden sind, so wird die Sache aussergerichtlich völlig zu Ende geführt. Bey Concursen ist es freylich ein anderes, hier wird die Sache durch Legung des Arrestes und durch das mandatum arrestatorium schon zu Gericht verwiesen; sie kann also nicht wohl dem Gerichte wieder entzogen werden. Allein da bey den unbedingten Schulden nichts weiter als die Auszahlung erfordert wird, und Streitigkeiten wegen Gegenforderung gerne in den Fallit-Commissionen verglichen werden, so ist selten für das Gericht etwas zu thun. Kommen aber wirkliche Streitigkeiten bey Erhebung der Gelder vor, so ist freylich das Nieder-Gericht der eigentliche Gerichtsstand. In wie ferne indeß dem Wunsche der Partheyen, auch hier der weniger kostbaren aussergerichtlichen Instanz sich zu unterwerffen, nachgegeben werden möchte, werde ich unten, bey Erwähnung der Rechtfertigungs-Processe der Gläubiger wenn ein Proclam erlassen ist, anführen.

Ich gehe nunmehr, nach der oben aufgestellten Ordnung zu dem gerichtlichen Mittel, den passiven

Zu-

Zustand der Masse zu erfahren, über, — zu dem Proclame.

Es wird mir erlaubt seyn, erst nach einer allgemeinen Betrachtung über das Proclam, von dem Proclame im Concurse zu reden.

Das Proclam ist: eine gerichtliche Einladung, an alle die an einer bestimmten Sache Ansprüche haben, die Ansprüche geltend zu machen, unter der Verwarnung, sonst damit prächudirt zu werden. Das Proclam wird auf Ansuchen dessen erlassen, der ein Interesse daran, daß die Berechtigten erscheinen müßten, erweißlich machen kann. Die von dem Proclame abhängende Präclusion ist sodann: die Ausschließung von den Mitteln die habenden Ansprüche geltend zu machen. — Ein Proclam wird nun über mancherley Gegenstände erlassen, über Erbschaften, über Aufhebung einer Gemeinschaft, über uneingelößte Pfänder, über verlohrne Handschriften aus denen der Finder klagen könnte, um die Schrift zu mortificiren, u. s. f. Bey dem Concurse endlich kömmt die besondere Art des Proclams vor, daß die Gläubiger des Falliten aufgefordert werden, an der Masse Theil zu nehmen.

Wirft man im allgemeinen die Frage auf: was von der Rechtmäßigkeit eines Proclams und der Präclusion zu halten sey? so muß man gestehen, daß mit der juristischen Philosophie nichts unvereinbarer ist, als, daß Proclam und Präclusion ein rechtmäßiges Mittel seyn sollte, vor künftigen Ansprüchen sicher zu stellen. Ohne Zweifel hat nach reinen juristischen Begriffen, ein jeder, der vollgültige Gerechtsahme hat, das Recht zu war-

warten, so lange es ihm gefällt, ehe er seine Ansprüche geltend macht; dies gehört zu den Dingen die auf eines jeden Willkühr beruhen, (rebus mere facultatis), welche daher durch das Interesse einzelner Personen nicht beschränkt werden kann. Der Staat, der eine Beschränkung dieses Rechtes geradezu erlaubt, handelt der Pflicht zuwider, jeden Bürger in der freyen Ausübung seiner Rechte schützen zu müssen. Wovon Erhard

in der Critik des allgemeinen Gesetzbuchs f. d. pr. St. 1ste Abth. 4tes Capitel. S. 233.

so schön spricht. Es ist dabey freylich eine sichere Wahrheit, daß der Staat die Rechte seiner Bürger beschränken dürfe, wenn eine solche Einschränkung zur öffentlichen Ordnung unentbehrlich ist. Findet der Staat demnach daß es schädlich sey, wenn ein Bürger spät und erst dann mit Ansprüchen hervorkäme, wenn ihm ohne die gröste Schwierigkeit kein Genüge geschehen könnte; so kann allerdings das Gesetz gegeben werden, daß solche Ansprüche über eine gewisse Zeit hinaus, keine Mittel zur Erreichung ihres Zweckes finden sollten. Eine Anordnung, welche von diesem Grundsatze ausgehet, ist das Gesetz über die Verjährung. Dem Staate ist es nicht gleichgültig, ob ein Gut einen sicheren Eigenthümer habe oder nicht; also will das Gesetz, daß demjenigen die Güter zugesprochen werden sollen, der in einer Reihe von Jahren den ungestörten Besitz derselben gehabt hat. Wodurch die Ansprüche dessen, der sonst ein näheres Recht an der Sache hätte darthun können, unausführbar gemacht sind. Die Folge des Gesetzes ist nun freylich,

lich, daß ein Bürger zum Nachtheile des andern berei, chert wird. Aber dies ist zufällig, und man thut unrecht, dem Gesetze die Schuld der schlimmen Folge beyzulegen. Indeß, weil das Verjährungs-Recht wegen dieses Umstandes, oft Schaden stiftet und eine Gelegenheit zum Betruge giebt, indem der Berechtigte durch seine Unkenntniß berückt wird; so hat man die Frage aufgeworffen: ob nicht der Nachtheil des Staates, das Eigenthum der Bürger ungewiß zu lassen, kleiner wäre, als der daraus entspringt, daß ein des Rechtes Unkundiger nun oft eine Beute des Betrügers wird? ob daher nicht besser wäre das Verjährungs-Recht ganz abzuschaffen?

S. im Reichs-Anzeiger, Jahrgang 1794. No. 76. u. f. die Abhandlungen über diese, vom Hr. Schmidt von Wegwitz veranlaßte Frage.

Mich dünkt daß die Gegengründe mehr Beyfall verdienen; es würde ohne Zweifel zu Unordnungen Anlaß geben, wenn alle alten Rechte wieder hervorgesucht werden könnten; jeder Eigenthümer müßte fürchten auf solche Art um seine Güter gebracht werden zu können.

Wenn aber das Verjährungs-Recht nothwendig und einmal gesetzlich ist, so sollte man erwarten, früher könnte denn niemand, seiner Rechte durch Nichtgebrauch verlustig gehen; durch ein öffentliches Proclam könnte die Zeit nicht verkürzt werden, die einmal das Gesetz gestattet hat um die Ansprüche ohne Nachtheil ruhen zu lassen. Aber was lehrt die Erfahrung; wo eine Erbschaft fällig ist, meldet sich ein Verwandter, sucht um ein Proclam an, erhält das Erkänntniß: daß, wer sich in Zeit einiger Monate zur Erbschaft nicht meldete, solle

aus-

ausgeschlossen werden. Will jemand sich von den, an ihn zu bringenden Forderungen losmachen, so wirkt er eben ein solches Proclam aus: daß alle, die sich nicht im angesetzten Termine meldeten, ihrer Forderungen verlustig erklärt werden sollten. Und doch läßt das gemeine Recht, die Erbschaftsklage sowohl wie die persöhnlichen Forderungen nur mit 30 Jahren verjähren. Was ist der Grund dieses so schnellen Absprechens der Rechte anderer? — Wenn es schon unwidersprechlich ist, daß das Verjährungs-Recht selbst, eine Einschränkung der bürgerlichen Freyheit ist, die der Staat nun nothgedrungen vornimmt; so ist es freylich nicht eine Folge, daß der Staat nicht auch von jenen Positivgesetzen abgehen und bestimmen könne, die Ansprüche sollten vermittelst einer öffentlichen Ladung, früher getilgt werden. Allein so viel folgt doch gewiß, daß, wenn zu jenem Rechte schon wichtige Gründe erforderlich sind, daß zu dieser schnelleren Präclusion noch wichtigere erfordert werden müssen. Finden sich diese nun nicht, und muß man sich zudem noch überzeugen, daß fast gar keine positive Gesetze zu den Präclusionen berechtigen, daß sie bloß durch den Gerichtsgebrauch eingeführt sind; so sind Proclame und Präclusionen eine sonderbare Erscheinung in der juristischen Welt.

Mehrere Rechtsgelehrte haben den Ungrund der gewöhnlichen Proclame eingesehen, und daher, um sie dennoch zu retten, die Absichten des Proclams verschiedentlich eingeenget; andere, haben dieselben, da sie keine ausdrückliche Gesetze dafür, angeben konnten, mit analogischen Gesetzen vertheidigen wollen.

S. Glück Ausführliche Erläuterung der Pandecten. 3ten Thls. 2te Abth. §. 223. und dessen Recensenten, Woltär in der Hallischen juristischen Bibliothek. Thorn 1794. 2tes Stück. Ferner, (von Trütschler) Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger. Leipzig 1781. 1sten Absch. 1ste Abth. §. 3. und ferner.

So sagt man, die Proclame über Erbschaften, zu denen man den nächsten Erben sucht, und wo beym Nichtfinden, der Implorant als der nächste erkannt wird, bezweckten nur den Besitz der Erbschaft. Dieser werde rechtmäßig für den Imploranten, weil kein näherer Erbe da wäre; finde sich vor der eigentlichen Verjährungszeit der Erbschafts-Klage, der nächste Erbe, so erhalte er von dem Besitzer zwar die Güter heraus, aber er könne diesem wegen des Besitzes keine Vorwürfe machen, noch Leistung des Interesse fordern. — Wenn dem so ist, frage ich, warum ist denn der Inhalt der Proclame, nicht dieser Absicht gemäß? Heißt es nicht in den Zeitungen und in den Anschlägen: daß jeder Berechtigte bey Strafe der Ausschließung und ewigen Stillschweigens, (sub poena praeclusi et perpetui silentii) sich in dem anberaumten Termine melden solle? Und wenn das Gericht nun in diesen Ausdrücken die Präclusion abgegeben hat, kann es dann wohl ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, den Spruch bloß auf den Besitz anwenden? Mag man immer Fälle anführen, da dies geschehen wäre, damit ist nichts bewiesen, und in allen Gerichten kömmt man sicher nicht mit dieser Auslegung durch. Auch dünkt mich, daß das Gericht wenn es einmal gänzlich präcludiret hat, seine

Auc-

Auctorität gewissermaßen compromittirt, wenn es nach dem urtheilt, wie eigentlich das Proclam und die Präclusive hätten lauten sollen.

Doch wenn man auch dahin sich verirrt, alle Begriffe die durch die Sprache des Proclams ausgedrückt werden, an die Seite zu setzen, und behauptet: die Sache müsse allein nach dem Sinne genommen werden, die Abfassung wäre nur des eingeführten Gerichts-Styles wegen; so ist es doch offenbar daß jene Absicht nur bey einigen Proclamen untergelegt werden kann. Außer den Erbschafts-Proclamen, bey Vertheilung gemeinschaftlicher Güter, u. s. f. Wie aber hilft man sich bey Proclamen, wo der Schuldner seine Gläubiger vorladet ihre Bezahlung in Empfang zu nehmen, bey Trennung von Compagnien u. s. f. Hier kann doch von einstweiligem Besitze, den der Präclusiv-Spruch nur gewährte, die Rede nicht seyn. — Man hat hierfür eine andere Ausflucht offen, und sagt, nur diejenigen welche das Proclam erfahren haben und nicht erschienen sind, kann in diesen Fällen die Ausschließung treffen; die andern, welche ihre Unwissenheit von dem Proclame erweisen, werden noch zugelassen. Ich wiederhole auf diese Instanz meine vorige Frage: warum spricht denn das Proclam so allgemein von der völligen Ausschließung? Aber wenn es sich auch hier (und einigermaßen besser) vertheidigen läßt, wie der Verstand des Proclams genommen werden müsse; so sehe ich nicht ein, woraus die Pflicht des Gläubigers der von dem Proclame nichts erfahren hat, hervorgehen soll, sein Nichtwissen zu beweisen. Zudem wird dieser, bekanntlich nicht anders mit seiner

Forderung zugelassen, als durch eine Widereinsetzung in den vorigen Stand, welche das Gericht ihm angedeihen läßt. Kann der Gläubiger aber nur auf diese Weise zu seinem Rechte gelangen, so ist er ja wirklich präcludirt gewesen; es ist also falsch, daß ihn die Präclusion nicht getroffen habe. — Ueberhaupt aber, ist die Restitution wegen Nichtwissens von dem Proclame, eine mißliche Sache für die Auctorität des Gerichts. Denn, so gerecht derjenige restituirt wird, dem es nicht leicht möglich war von dem Proclame etwas zu erfahren; so unzweckmaßig ist es, den zu restituiren, der, weil er sich um die Bekanntmachungen der Proclame nicht bekümmert, nicht davon erfuhr. Wer auf, ihm zufallende Rechte zu hoffen hat, der muß aufmerksam seyn; ihm steht ja der Weg an das Rathhaus, wo die Proclame angeschlagen sind, offen, wenn er die Zeitungen nicht kaufen will; die Proclame werden ja deswegen bekannt gemacht, daß sie gelesen werden sollen. Muß sich der Implorant bloß auf den Zufall verlassen, daß sein Proclam denen, die es angeht, in die Augen falle; was nützt ihm dann sein Proclam.

Indeß auch zweytens kann ich die Ursache nicht begreiffen, warum der des Proclams wissende Gläubiger, nicht ausbleiben dürfe, ohne seiner Forderung oder wenigstens der Mittel diese geltend zu machen, verlustig erklärt zu werden. Sagt man hier, aus schuldiger Achtung vor dem Gerichte, müsse er erscheinen; so gebe ich zwar zu, daß der Nicht-Erscheinende Tadel verdient; allein die Strafe die er deswegen leidet kann doch nicht höher seyn, als die einer ordentlichen Contumaz. Wird

wohl

wohl der Citirte im ordentlichen Processe, dem Antrage des Klägers gemäß gleich verurtheilt, wenn der erstere contumax ist? nein, der Kläger muß erst seine Forderung beweisen, nur wenn der vollständige Beweiß geführt ist, wird der Beklagte verurtheilt. Wie aber ist das Verfahren bey dem Proclame? Hier ist der Implorant nicht Kläger, sondern er will die Klage gegen sich angestellt wissen. Wollte man aber den Impetranten auch in dem Sinne als Kläger betrachten, daß er eine negatorische Klage anstellte; so frage ich: führt der Implorant wohl den Beweiß daß er an niemand weiter, als an die die sich gemeldet haben, schuldig sey? Keinesweges. Hier soll das Nichterscheinen als ein Beweiß gelten, daß kein Berechtigter weiter vorhanden sey, der Implorant wird nun von allen übrigen Forderungen entbunden. Ja, sagt man, der Kläger bey einer negatorischen Klage darf auch nicht beweisen. Ich antworte: einmal ist dies noch ein streitiger Satz im gemeinen Rechte; ich kann mich nicht überzeugen, daß er allgemein wahr sey. Aber zweytens, kann wohl das was Rechtens ist, wenn von einzelnen Thatsachen, den Servituten, die Rede ist, so ohne weiteres hier gelten? hier, wo der Implorant, durch das Ansuchen um ein Proclam eben gesteht, daß er seiner Sache, nicht schuldig zu seyn, nicht gewiß wäre? Fürwahr, der Gerichts-Gebrauch maßt sich nicht wenig an, den Schuldner auf so leichte Art loszusprechen; positive Gesetze könnte man wenigstens dazu erfordern. Und, giebt es solche die auch nur analogisch hier paßten? Man behauptet nach römischem Rechte, aus dem Tit. de doli mali exceptione ff., daß wer wissent-

lich seine Forderung später angäbe als, da der Schuldner bereit gewesen wäre sie zu bezahlen, dem könne die exceptio doli mali generalis mit Erfolg entgegen gesetzt werden. Nun ja, es kann sehr leicht eine Chicane seyn, daß der Berechtigte sich an die Aufforderung nicht kehren will. Allein es ist dagegen gewiß, daß er sich zur Anbringung der Klage zwingen zu lassen, nicht nöthig habe (Tit. C. ut nemo invitus agere); und, kann man den einer boshaften Hinterlist zeihen, der sich seines Rechtes im vollen Umfange bedient? der Schuldner muß ja selbst wissen, was, und wem er schuldig ist; und weiß er dies, nun so hat er ein Mittel sich auser Verantwortlichkeit gegen seine Gläubiger zu setzen, er kann seine Schuld gerichtlich deponiren. Hat er aber keine ordentliche Rechnungen gehalten, so muß er auch die Folge seiner Nachläßigkeit tragen, und in Ungewißheit bleiben, ob nicht noch rückständige Forderungen seyn möchten.

Es ist lächerlich manche Anzeigen in den Zeitungen zu lesen, die eine Privatperson für sich macht: wer Forderungen habe, solle sich in einer Zeit von sechs oder mehreren Wochen melden, länger wolle der Anzeigende für nichts haften. Und ich finde es sehr billig, wenn die Justiz das Publikum hierüber belehrt, daß solche Aufforderungen keine Wirkungen haben, und den Berechtigten keinen Nachtheil bringen sollen. Aber, daß die Privat-Aufforderungen zugleich Eingriffe in die Befugniß der Gerichte wären, läßt sich wohl dann nur behaupten, wenn diese Befugniß selbst, dargethan ist. Bis jetzt noch haben wir sie in dem gemeinen Rechte nicht gefunden,

wir

wir wollen weiter untersuchen, ob die Gesetze darüber bestimmen.

Es heißt im L. 6. C. de remiss. pignor. daß von dem, der die Veräußerung einer ihm verpfändeten Sache, wenn er durch öffentlichen Anschlag zum Widerspruche aufgefordert ist, zulasse, rechtlich vermuthet werde: er habe sein Pfand-Recht daran aufgegeben. Diese Anordnung ist eine Ausnahme von der Regel, daß die Hypotheken durch die Veräußerung des Guts auf dem sie liegen, nicht aufgehoben werden, wenn auch der Gläubiger Wissenschaft von der Veräußerung hätte. L. 4. §. 15 ff. quib. mod. pign.

Westphal Pfandrecht. §. 235. in den Anmerkungen.

Es ist also klar, daß der öffentliche Anschlag hier die Aenderung macht. Aber frage ich nun, darf man deswegen folgern: daß über alle sonstige Verhältnisse eine öffentliche Aufforderung die Präclusion bewirke? Ist nicht der besondere Grund des Gesetzes hier zu betrachten, daß der Käufer durch Verheimlichung nicht betrogen werde?

S. Quistorp Beyträge zur Erläuterung unterschiedener Rechtsmaterien. Bützow und Leipzig 1778. 2tes Stück.

Und wenn aus einem besonderen Grunde die Präclusion irgendwo bestimmt verordnet wird, muß man da nicht überall wo man sie gelten lassen möchte, eine eben so bestimmte Verordnung haben?

Eine solche besondere Verordnung zu einem Proclame und zur Präclusion will man auch im L. vlt. C. de bon. vacant. finden. Glück a. a. S. 304. sagt von diesem

Gesetze: es schreibe die Edictal-Citation zur Entscheidung der Frage, ob eine Verlassenschaft dem Fiscus als erbloses Gut zufallen könne, ausdrücklich vor. — Woltär, in (der gleichfalls angeführten Recension,) widerlegt diese Behauptung. Indem freylich Vorschriften zur Nachforschung, ob nicht irgend ein Erbe zu finden wäre, keinesweges aber eine Vorschrift zur Edictal-Citation, und demnächst der Präclusion, in dem Gesetze vorkomme. Also giebt das angezogene Gesetz gar keinen Grund ab, dem Fiscus das Recht des Proclams zu gestatten. Wäre aber dies, so müßte man es den besonderen Privilegien des Fiscus zuschreiben; nicht aber vom Fiscus auf die Privatperson schließen, diese dürfe ebenfalls darum den Miterben oder den näheren Erben ausschließen, weil keine Nachricht von ihm einliefe.

Endlich findet sich noch ein Gesetz, L. 10. C. de bon. auct. jud. poss. womit man die Präclusion bey dem Concurse rechtfertigt. Ich werde gleich unten mehr davon sagen. Hier will ich nur die obige allgemeine Betrachtung — daß von einzelnen erlaubten Fällen nicht auf alle geschlossen werden könne, — damit schliessen, daß ich die Anordnung des gemeinen Rechts die gegen die Proclame dient, angebe. Der L. vn. C. vt nemo inv. giebt die Regel: invitus agere vel accusare nemo cogatur; und die bey jeder Klage angesetzte Zeit in welcher sie angestellt werden soll, giebt die Anleitung, wie die Regel bey jedem einzelnen Falle angewendet werden muß. Weil nun der Impetrant eines Proclams gewöhnlich als Beklagter zu betrachten ist, so überhebt sich der Richter diesen Gesetzen, wenn er dem

Kläger

Kläger eine kürzere Frist zur Anstellung der Klage bestimmt. Es wären denn die einzelnen schon erwähnten Fälle, worin er besonders dazu berechtiget ist. — Eignet sich aber die Imploration des Proclams zu einer negatorischen Klage, da der Implorant, was von anderen gegen ihn behauptet werden möchte, läugnet, und als Kläger um Lossprechung bittet; so ist das Nichterscheinen der Berechtigten kein hinlänglicher Beweiß der Nichtschuld, sondern in contumaciam dürfte nur auf Beweißführung des Impetranten gesprochen werden. Hiervon sind nur zwey Fälle in den Rechten ausgenommen, die beyden judicia provocatoria, ex L. diffamari und ex L. si contendat; hier soll, wenigstens nach der herkömmlichen Erklärung der Gesetze, das Stillschweigen der sich Berühmenden auf die Edictal-Citation, für den Beweiß der Nichtschuld gelten, und der Implorant wird völlig befreyt. (Ich weiß es wohl, daß in den Lehrbüchern dem implorantischen Diffamaten, die Stelle des Beklagten angewiesen wird. Und er ist unstreitig, wenn der Vorgeladene erscheint, als solcher zu betrachten. Vorher aber, und ausser seinem Antrage, die gerühmte Klage gegen ihn anstellen zu lassen, verlangt er ja Befreyung von des Gegeners Anmaßung, klagt ihn also einer ungerechten Berühmung an). Indem nun obige zwey Fälle Ausnahmen sind, so wird durch sie die Regel bestärkt; weil es keine Ausnahme geben kann, wo keine Regel ist. So wird es erwiesen seyn, daß wo nicht Provincial-Gesetze die Proclame erlauben, der Gebrauch allein die Gerichte dazu veranlaßt.

Ich wende mich nunmehr zu den Rechten des Proclames in Hamburg; und, weil bey der Falliten-Ordnung mich eigentlich nur das Proclam zur Zusammenberuffung der Gläubiger, angeht, so handle ich nur von diesem. Denn, heißt es zwar im Art. 11. daß Curatores bey der Fallit-Sache auch aus andern Ursachen, als aus jener, ein Proclam zu imploriren nöthig finden möchten; so treten dann keine andere Rechte ein, als bey den Proclamen, die sonst auf Ansuchen von Privat-Personen erlassen werden, gelten mögen. Meine erste Frage ist die: ist die Concursmasse zum Proclame, und das Gericht zur Präclusion der nichterschienenen Gläubiger berechtigt? — Ja; nach deutlicher Vorschrift unserer Fallit-Gesetze. Der Art. 11. in der Falliten-Ordnung weiset die Curatores zur Nachsuchung des Proclames an, und der Art. 52. §. 3. bestimmt, daß wer auf ein Proclam nicht erschienen wäre, von der Masse ausgeschlossen sey.

Den Grund der Rechtmäßigkeit einer baldigen Präclusion, giebt das römische Recht sehr überzeugend im L. 10. C. de bonis auctor. jud. poss. an, (s. oben S. 394). Es heißt in dem Gesetze: daß bey der missio in bona einiger Gläubiger, zwar die Gemeinschaftlichkeit aller statt habe; daß aber dabey diejenigen die ihre Gerechtsame wahrgenommen hätten, nicht beständig der Theilnehmung der andern die dies unterlassen hätten, ausgesetzt bleiben sollten. Sondern daß nach Verlauf von zwey Jahren die Anwesenden, und nach vier Jahren die Abwesenden ausgeschlossen seyn sollten. Hier wird also sichtbar die sonstige Verjährungszeit einer

For-

Forderung verkürzt; und zwar aus dem gerechten Grunde: um den Gläubigern, da sie die schuldnerischen Güter ja nicht eines Vortheils wegen, sondern zur Vermeidung eines Nachtheils, überkommen, nicht noch grösserem Nachtheile dadurch aussetzen, daß sie auch ihre unzulängliche Bezahlung noch lange Zeit nicht gewiß hätten. Es ist, wenn man hier die frühere Tilgung der Ansprüche für gerecht erkennt, ohne Zweifel, daß ein Staat Ursache haben kann, diese Ansprüche noch in engere Grenzen einzuschließen, als die im gemeinen Rechte bestimmt sind. Aber freylich läßt sich nicht aus diesem Gesetze behaupten, daß dem Richter darin das Recht der Präclusion, nach willkührlicherem anberaumten Termine, gestattet wäre; wie v. Trütschler

in dem oben angezogenen Buche, §. 5. des zweyten Abschnittes

thut; denn vom Proclame kömmt nichts in dem Gesetze vor. — Man kann allerdings fragen: ob, bey aller der Billigkeit, die Gläubiger in kurzer Zeit sicher zu machen daß die vorhandene Masse nicht weiter angefochten werde, als von denen die sich binnen einer gewissen Zeit gemeldet haben, — die Zeit von einigen Wochen, in welcher Zeit ja unsere Proclame ablaufen, nicht unbillig kurz wäre? Allein, weil ja eben durch die öffentliche Ladung die Aufmerksamkeit der Berechtigten erweckt wird, so kann freylich um so früher die Präclusion geschehen. Daher ist auch in Hamburg, weil es gesetzlich gemacht ist, daß wer aufgefordert sich zur Masse nicht meldet, ausgeschlossen seyn soll, bey dem kurzen Termine von 6 Wochen, (worin die Meldung offen ist,) keine Ungerechtigkeit

rechtigkeit zu finden; sondern es trägt zum Credite der Handelsstadt vieles bey, daß auch bey dem Concurse, die Gläubiger, der ungewissen Ansprüche bald überhoben werden.

Der Zweck eines Concurs-Proclames geht anerkanntermaßen dahin, durch Aufforderung der unbekannten Gläubiger eine Gewißheit von der Grösse der Schuld zu erhalten. Hierbey entsteht denn die Frage: ist es also Pflicht für die ersten Gläubiger die die schuldnerischen Güter überkommen haben, das Proclam zu erlassen, oder können sie ohne dasselbe die Masse unter sich theilen? Wer daran gewöhnt ist das Proclam als ein nothwendiges Stück des Concurses zu betrachten, den wird die Stelle im Art. 11. der hamburgischen Falliten-Ordnung, die es dem Willen der Curatoren übergiebt, ob sie das Proclam erlassen wollen oder nicht, auffallend seyn. Um so mehr wird also zur Untersuchung der Frage, Veranlassung gegeben: ob es auch recht genannt werden kann, wenn das Proclam unterbleibt? Man darf nur der Ursache nachgehen, warum es den Gläubigern wichtig ist eine unumstösliche Gewißheit, daß ein Berechtigter nicht übrig bleiben möge zu haben, so ergiebt es sich ohne Anstand, daß das Proclam durchaus kein nothwendiges Stück des Concurses ist. Die befragte Ursache ist diese: daß sonst die abbezahlten Gläubiger nicht sicher sind, von nachgebliebenen Gläubigern zur Theilnahme an der vertheilten Masse Ansprüche zu leiden; welches diesen auch innerhalb der festgesetzten Verjährungszeit, nicht geweigert werden kann. Der minder Privilegirte muß dann, dem sich jetzt findenden

mehr

mehr Privilegirten, das Empfangene zurückgeben; oder wenn die Masse pro rata vertheilt ist, so fordert der ausgebliebene Gläubiger von jedem der vorigen, so viel der Antheil beträgt, zurück; gegen Erstattung der Kosten.

Die gegenwärtige Lehre findet nun was die Ausführbarkeit betrift, nicht was die Rechtmäßigkeit angeht, unter den Rechtslehrern freylich ihre Gegner. Leyser

Spec. 400. med. 1.

behauptet, daß eine solche Zurückforderung nicht angehe, und eine neue Vertheilung nicht vorgenommen werden könne; weshalb er sich zum Beweise auf den L. 44. de cond. indeb. beruft, wo es heißt: repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore solutum est. Allein, obwohl es nicht zu läugnen ist, daß die angegebene Zurückforderung viele verdrießliche Schwierigkeiten verursachen würde; so widerspricht doch die gegnerische Lehre ganz der Absicht des Concurses, der Gemeinschaftlichkeit der Gläubiger; und hätte sie statt, so würden ja die, welche sich gleich bey der Masse einfinden, wohl thun, den Concurs so viel möglich geheim zu halten. Wenn das Recht der Theilnahme da ist, so muß es auch ausgeführt werden dürfen, so wohl hier da kein Proclam erlassen ist, als wenn wieder eine Präclusion Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt ist. Das angeführte Gesetz kann übrigens auf den Concurs keine Anwendung leiden, und was ein Gläubiger, ohne daß es ihm nach dem Concurs-Rechte zukäme, erhalten hat, ist nicht als ein suum receptum zu betrachten. — Worüber ein mehreres v. Trütschler,

a. a. O. 2ten Abschn. 3te Abth. §. 25 ff.

Alle

Alle Bedenklichkeit wird endlich durch den oben angezogenen L. 10. C. de bon. auc. jud. gehoben, wo deutlich vorgeschrieben ist, daß die befriedigten Gläubiger dem andern unbefriedigten heraus geben sollen.

Walch Introd. in controv. pag. 816. und

Dabelow a. a. O. 2ten Th. §. 183. und §. 185. bestätigen die vorgetragene Meynung.

Ein Proclam in einem Concurse zu erlassen ist nach diesem allen, dann offenbar nicht nöthig, wenn die Gläubiger sonst gewiß sind, daß kein Gläubiger der an der Masse Theil nehmen will, übrig geblieben ist. Und dann, wenn es der Gläubiger Wille ist, sich der Gefahr der Nachforderung auszusetzen. Eine Pflicht, die nicht aufmerksahmen Gläubiger aufmerksahm zu machen, ist für die ersteren im gemeinen Rechte nirgends verordnet; nur das Recht der gemeinschaftlichen Theilnahme ist festgesetzt. Wer daher es vernachläßigt von diesem Rechte Gebrauch zu machen, hat den Nachtheil sich selbst zuzuschreiben, und er kann keinesweges die andern eines Unrechtes beschuldigen, daß sie sich nicht bemüheten, ihm Kenntnisse von dem eingetretenen Concurse zu verschaffen. Sondern diese erfüllen ihre Pflicht, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Verjährungszeit, sich bereit finden lassen, dem vorher unbekannten Gläubiger das

ihm

ihm zukommende zu erstatten. — Man macht wohl Bedenken, ob auch nach hamburgischem Rechte, die Unterlassung des Proclams so ganz frey sey; weil der Art. 4. Tit. 14. P. 1. Stat. Von dem Proclamate, sagt: "daß alle Gläubiger des flüchtigen Schuldners per publicum Proclama zu citiren." Allein zu geschweigen, daß hier nur die Berichtigung des Creditwesens eines flüchtigen Schuldners genannt wird, so entscheidet ja die Falliten-Ordnung als das spätere Gesetz, im Art. 11. daß das Proclam nur erlassen werden dürfe, wenn Curatores es für nöthig fänden; mithin für die Willkührlichkeit der Sache.

Fragt man hingegen: ob es rathsam ist, das Proclam zu unterlassen? so kömmt es vor allen Dingen darauf an, wie der Concurs betrieben wird; ob es den Gläubigern übergeben ist die Sache zu führen, oder ob der Richter die Concurs-Sache führt. In diesem letzteren Falle, ist der Richter sich selbst schuldig alle Genauigkeiten zu beobachten die die Gesetze verstatten, um sich nachmals keinem Vorwurfe auszusetzen. Darum heißt es im Art. 76. der Falliten-Ordnung, daß, sobald der Accord in einer Fallit-Sache nicht statt hat, sondern die Sache zu Gericht geht, das Proclam erlassen werden müsse. Dann freylich werden die Gläubiger es dem Richter danken, daß er zur Ersparung der Kosten das Pro-

clam

clam unterläßt, wenn kein Berechtigter sich später mit Ansprüchen an sie, meldet. Allein kömmt nun einer, dem die ersten Gläubiger von ihrem Empfangenen herausgeben müssen, so wird der Richter, bey der besten Absicht, der Beschuldigung einer unbilligen Versäumniß nicht entgehen. Ja, v. Trützschler

a. a. O. 2ten Absch. 1ste Abth. §. 8. Note 1.

will sogar eine Schadloshaltungs-Klage gegen den Richter behaupten; und räth,

im 4ten Abschn. §. 6.

daß der Richter, im Falle daß das Proclam unterbliebe, die Gläubiger für die nachkommenden Berechtigten Bürgschaft leisten lasse. Sie über die Unterlassung des Proclams zu befragen, würde wenigstens eine sehr angemessene Maaßregel seyn. — In dem ersteren Falle, da wie in Hamburg, die Berichtigung des Credit-Wesens den Gläubigern selbst überlassen ist, und überlassen bleibt, wenn der Accord statt hat, können die Gläubiger sich nur selbst Vorwürfe über die Unterlassung des Proclames machen; denn es ist ja ihr eigener Wille gewesen, wovon sie also den Folgen ausgesetzt sind. Ich nehme hier an, daß die Curatores nicht ohne vorgängige Befragung der Gläubiger das Proclam unterlassen haben; welches auch nicht leicht anders der Fall seyn wird.

(Sie

Sie würden sich Vorwürfen aussetzen. — Im allgemeinen die Sache betrachtet, ist es also nicht rathsam das Proclam wegzulassen; sondern nur dann, wenn die Masse wirklich so geringe ist, daß wenig oder nichts übrig bleiben würde wenn die Gerichtskosten noch abgehen sollten, möchten wohl die Gläubiger sich der Gefahr aussetzen, sich das wenige Empfangene wieder abfordern zu lassen, als gar nichts zu erhalten. Sonst wenn irgend etwas Beträchtliches in der Masse ist, ist es rathsamer sich des leichten Mittels, völlige Sicherheit vor Wiederabforderung zu erhalten, zu bedienen; als zur Ersparung der geringen Kosten des Proclams, ungewiß zu bleiben. Weil auch die feste Ueberzeugung, alle Gläubiger zu kennen, und die beste Ordnung der Bücher des Falliten, den Irrthum nicht ausschließen, und keine juristische Gewißheit geben. Daher lassen die Curatores bey unseren Fallit-Massen es ihr erstes Geschäft seyn, das Proclam zu impliriren, ohne erst bey den Gläubigern darum anzufragen.

Ich schließe hiermit den ersten Theil meines Buches, obgleich die Abhandlung über das Proclam noch nicht beendiget ist, weil die Bogen-Zahl voll ist welche ich zu dem Versuche bestimmt habe, ob dies Buch im Publico eine gute Aufnahme finden sollte. Wird mein Wunsch darüber erfüllt, so werde ich den zweyten Theil folgen lassen. Ich hoffe in 2 Theilen das ganze Werk beendigen zu können.

Theodor Hasche, Dr.

Inhalts-Verzeichniß.

Einleitung. . . . . Seite 1
Geschichte der Falliten-Ordnung. . — 3
Mandate und Verordnungen. . S. 9. und 193
Von den bey dem Concurse geltenden Rechten. Seite 11
Handlungs-Usancen. . . . — 16
Grundsätze. . . . — 18
Gemeines Recht. . . . — 22
Von dem Gebiete der Falliten-Ordnung. . — 24
Erläuterung der Vorrede der Falliten-Ordnung. — 34
Von dem Credite des Staates. . . — 35
(Von dem persöhnlichen Credite). . — 125
Von dem gerichtlichen und auffergerichtlichen Concurs-Verfahren, im allgemeinen. — 37
Von dem Rechte der Hypothek. . — 42
Von dem Concurse und dessen verschiedenen Perioden. . . . — 56
Von den Anzeigen der Insolvenz. . . — 61
Von dem Rechte bey einem bevorstehenden Concurse. . . . . — 63
Von der Paulianischen Klage, und von dem Rechte der wachsahmen Gläubiger. . — 64
Römisches Recht. . . — 65
Hamburgisches Recht. . . . — 91
Von den Personen gegen welche die P. K. statt hat. . . . — 94
Von den Gegenständen. . . — 100
Von dem Rechte der wachsahmen Gläubiger. . . . — 113
Von dem Deckungs-Rechte. . — 114
Von der gratificatio. . . — 118
Erläuterung der Anzeigen der Insolvenz. . — 119
Besonders: von dem Accorde unter der Hand. . . . — 127

Von den Moratorien. . . . Seite 135
Von der Concurs-Eröfnung. . . . — 146
Durch die Gläubiger. . . . — 147
Von dem Universal-Arreste. . — ——
Durch die Erklärung des Schuldners. — 152
Von dem Augenblicke der Concurs-Eröfnung. — 155
Hat die Uebergabe der Supplik an den Bürgermeister, oder die Exhibition auf der Canzeley die Wirkung? . — 157
Hat die Uebergabe an den Senat dieselbe? — 162
Das Decret eröfnet den Concurs. . — 163
In welchem Augenblicke? . . — 173
Von den bey dem Concurse geschäftigen Personen. . . . . — 174
Von den Commissarien und deren Befugnissen im allgemeinen. . . — 174
Von dem Actuare. . . . — 182
Von den Gläubigern in den Commissionen. — 200
Von deren Beschlüssen. . . — 224
Von den Curatoren. . . . — 231
Von den Erfordernissen zu einem Curator. . . . . — 238
Von der Ablehnung der Curatel. . — 246
Von den Pflichten der Curatoren. S. 256 u. 261
Von der Wirkung des Concurses. . Seite 269
Von dem Verhältnisse zwischen Schuldner und Gläubigern. . . . — 269
Von dem Verfügungs-Rechte über das schuldnerische Vermögen. . — 270
Der Schuldner ist caput mortuum. — 274
Von dem Verhältnisse der Gläubiger unter einander. . . . — 283
Von dem Aufhören der Arreste. . — 285
Giebt es ein allgemeines Concurs-Gericht? . . . S. 283 u. 306
Hamburgisches Recht darüber. S. 298 u. 311
Von dem Aufhören des Zinsenlaufes. Seite 312

Von

Von dem Verhältnisse gegen dritte. . Seite 314
— Von der Repräsentation der Gläubiger. . . . — 314
— Besonders in Ansehung der Kauf- und Miehts-Contracte, . — 315
und der Leibrente. . S. 326 u. 332
Von dem Verhältnisse des Falliten gegen
— dritte, und in wie ferne er das jus
— standi in judicio nicht verliehrt. . — 328
Von den einzelnen Geschäften zur Constituirung der Masse. . . . — 337
Von der Besitznehmung. . . — 343
Von dem Buchhalter. . . . — 345
Von dem Manifestations-Eyde. . — 348
Von den Eyd-weigernden Falliten. . — 355
Von dem Verluste der beneficiorum
— cessionis. . . . — 355
Von den Eyd-weigernden Hausgenossen. — 365
Von dem sicheren Geleite. . . — 360
Von den Steckbriefen. . . . — 362
Von der Edictal-Ladung. . . — 363
Von dem mandato arrestatorio. . — 370
Von dem Proclame. . . . — 382

Anzeige der Artikel, der Additional-Artikel, der Eyde und der Concluforum.

Vorrede der Falliten-Ordnung. . Seite 27
Artikel 1. . . . — 55
» 2. . . . — 145
» 3. . . . — 181
» 4. 5. . . . — 196
» 6. 7. 8. . . . — 235
» 9. . . . — 338
» 10. . . . — 267

Ar-

Artikel	11.	Seite	339
"	12.	—	368
"	13.	—	340
"	14.	—	354
"	15. 16.	—	358
Additional-Artikel	6.	—	204
"	" 9.	—	202
"	" 8.	—	352
Eyde.	1) Der Curatoren.	—	260
	2) Des Actuars.	—	182
	3) Buchhalters.	—	346
	4) Manifestations-Eyd.	—	350
Conclusa.	Vom Jahre 1756. April 5.	—	201
"	" 1756. Novemb. 4.	—	187
"	" 1763. August 25.	—	203
"	" 1763. Octob. 14.	—	193
"	" 1763. Novemb. 9.	—	193
"	" 1764. Septemb. 3.	—	188
"	" 1764. Novemb. 5.	—	186
"	" 1768. Januar 20.	—	345
"	" 1775. Decemb. 1.	—	209
"	" 1776. Decemb. 2.	—	245
"	" 1779. October 8.	—	190
"	" 1780. Decemb. 11.	—	245
"	" 1772. July 1.	—	208

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hasche, Theodor,

Erläuterung der Hamburgischen Falliten-Ordnung

Bd.: 1

Hamburg (1797)
J.germ. 141 d-7,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552178-2
VD18 80024432-001